GERMANY

Kritische Erläuterung

des

fr. 31 (30) § 4 D. ad Sc. Trebellianum 36,1.

Zugleich ein Beitrag zur Lehre

von der

Pegasianisch-Trebellianischen Quart.

Von

Dr. Otto Brandt,

App.-Ger.-Referendar zu Kassel.

Kassel, 1879.

Verlag von Theodor Kay,

Königl. Hof-Buch- und Kunsthändler.

Meinem lieben Vater

Heinrich Brandt,

Forstmeister zu Kassel

als Festgabe zum fünfzigjährigen Dienstjubiläum.

Meinem verehrten Lehrer,

Herrn Dr. August Ubbelohde,

ordentlichem öffentlichen Professor der Rechte zu Marburg,
Mitglied des Herrenhauses.

Vorwort.

Wenn ich, durch practische Arbeiten oft abgelenkt, auch ohne dauernde Verbindung mit den Hülfsmitteln größerer Bibliotheken, eine Erstlingsarbeit von so ausschließlich schönwissenschaftlichem und schwierigem Inhalt der Oeffentlichkeit übergebe, so habe ich gewiß mehrfachen Grund, um eine nachsichtige Aufnahme und Beurtheilung meiner Ausführungen zu bitten. Es sei mir deshalb vergönnt, diese Bitte, wie für das Ganze, so noch besonders für den kritischen Theil der folgenden Erörterungen hier auszusprechen.

Außer diesem kritischen umfaßt meine Abhandlung noch einen dogmatischen Theil, in welchem das Verhältniß der Falzidischen zur Pegasianisch-Trebellianischen Quart behandelt wird: jedoch nur als Inzidentpunct des Ganzen, was für den Gang der Untersuchungen im Allgemeinen und insbesondere für die Heranziehung der Literatur von bestimmendem, bezw. beschränkendem Einfluß sein mußte. Ein Stück dieses dogmatischen Theils, die §§ 6 bis 8 (ausschließlich der Anm. 17 zum § 6 pp. 31 flg.), ist bereits im v. J. als (Marburger) Inaugural-Dissertation gedruckt worden, unter dem Titel: „Beitrag zur Lehre vom Senatusconsultum Pegasianum." Das jetzt neu Hinzutretende enthält — und hierin lag überhaupt die nächste Veranlassung zur Herausgabe dieser vollständigen Arbeit — einige wesentliche Ergänzungen des dort Ausgeführten.

Der Wunsch, mit welchem ich mein Büchlein hinausgebe, ist, daß, wenn auch vielleicht seine nächsten Resultate weniger Anklang finden, doch einige Einzelheiten, insbesondere einige, nicht ohne eifriges Nachdenken vollendete, Interpretationen die Zustimmung Berufener sich erwerben möchten.

Kassel, Donnerstag nach Quasimodogeniti 1879.

Der Verfasser.

Inhalt.

Eingehendere Interpretationen.

Corrigenda: am Schluß.
(Vergl. namentlich zu p. 102 Z. 16, 17 von oben.)

§ 1.

Einleitung.

Die Stelle, deren eingehende Betrachtung sich diese Abhandlung zur Aufgabe setzt, bietet nach zwei Seiten hin ein Interesse, das sie solcher Betrachtung werth macht: einmal durch ihren schwierigen Text und sodann auch durch ihren Inhalt. Dies Letztere allerdings nicht unmittelbar. Es muß vielmehr in dieser Beziehung von vornherein zugegeben werden, daß der im fr. 31 (30) § 4 ausgesprochene Rechtssatz an sich selbst für die dort berührte Lehre von besonders großer Wichtigkeit nicht ist; und am Wenigsten vielleicht gerade bei derjenigen Textesgestaltung, welche hier anempfohlen werden soll. Gleichwohl aber ist auch inhaltlich der § 4 doch nicht ohne eigenthümliche Bedeutung. Die speziellen thatsächlichen Voraussetzungen nämlich, für welche, und überhaupt die Art und Weise, in welcher jener Rechtssatz ausgesprochen wird, enthalten gewisse Schwierigkeiten, zu deren Hebung einer Frage auf den Grund zu gehen ist, die, seither schon lebhaft discutirt, gewiß zu den interessantesten aus der Lehre vom Pegasianischen Senatusconsult gerechnet werden darf.

Hiernach werden im Folgenden auch einige dogmatische und im Anschluß daran auch exegetische Erörterungen nothwendig werden. Indessen liegt doch die eigentliche und letzte Aufgabe dieser Abhandlung weniger hierin, als vielmehr in der texteskritischen Betrachtung des § 4. Weshalb denn auch alles in jener Hinsicht Darzustellende zunächst weniger um seiner selbst willen ausgeführt wird, als es vielmehr überall in seinem Endziel dieser Aufgabe dienen will: weshalb ferner im Verlauf jener dogmatischen und exegetischen Untersuchungen möglichst nur dasjenige erörtert werden wird, was für die Lösung dieser Aufgabe, d. i. den Nachweis des ächten Textes des § 4, von einiger Bedeutung ist. —

Für den Text des fr. 31 (30) § 4 kommen in erster Linie zwei handschriftliche Lesarten in Betracht, die Florentinische und eine in erheb-

lichen Puncten von dieser abweichende lectio vulgata. Auf die zahlreichen Textesemendationen und überhaupt alle Varianten, deren handschriftliche Grundlage nicht ersichtlich, ist erst später einzugehen (s. unten im § 4).

Zur Schlichtung jenes Widerstreites der Handschriften fehlt es nun an einer äußeren Autoritaet gänzlich; insbesondere ist in den Basiliken, die sonst bei zweifelhaftem Text so oft den Ausschlag geben können, von dem § 4 Nichts erhalten. [1]) Daher ist denn die Texteskritik zunächst lediglich auf jene beiden Lesarten selbst angewiesen; und zwar hat sie in erster Linie, als wählende Kritik, zu untersuchen, ob etwa eine derselben unbedingt oder doch mit Wahrscheinlichkeit als ächt anzuerkennen sei, sodann aber eventuell, falls beide als unächt verworfen werden müssen, als Conjecturalkritik eine dritte Lesart als die ächte an ihre Stelle zu setzen.

Zuvörderst werden hiernach jene beiden handschriftlichen Lesarten gesondert zu betrachten und auf ihren Werth zu prüfen sein.

---

§ 2.

Der Florentinische Text.

Die Florentina enthält den § 4 in dieser Fassung:

M a r c i a n u s libro octavo institutionum.

„Et heres institutus rogatusque hereditatem restituere praecepta aliqua summa vel re: etiamsi in praeceptione minus quam quarta pars esset: non amplius principem pati vindicaturum,"

d. i., möglichst wortgetreu übersetzt:

„Und der, welcher zum Erben eingesetzt und gebeten ist, die Erbschaft nach Vorwegnahme einer bestimmten Summe oder Sache herauszugeben: auch wenn in der Vorwegnahme Weniger enthalten sein sollte, als die Quart: so dulde der Kaiser, daß (— e r —) nicht Mehr vindiziren werde."

---

[1]) Vergl. auch die M o m m s e n sche Ausg. ad h. l.

Es ist ohne Weiteres ersichtlich, daß dieser Text Schwierigkeiten enthält, und zwar in beiden Richtungen, sprachlich sowohl als sachlich.

In ersterer Hinsicht möchte Folgendes zu bemerken sein:

Zu dem Nachsatz ist natürlich ein „ait“ oder dgl. als Prädicat und ferner das Subject zu dem „vindicaturum“ zu ergänzen: beides indessen Auslassungen, die nach dem sonstigen Styl der Juristen unbedenklich für ächt zu halten sind.

Auffallend dagegen ist freilich die Abgerissenheit des ersten Satzgliedes: dem es sowohl an der einleitenden Partikel, si oder quum, als am Verbum gebricht, während Beides die Construction im Uebrigen erwarten läßt. Hier ist allerdings eine stylistische Schwierigkeit vorhanden. Allein auch sie ließe sich doch wohl zur Noth noch als ächt hinnehmen, Marcian könnte einmal so elliptisch geschrieben haben. Und jedenfalls tritt sie als das Unwichtigere zurück hinter der sachlichen Schwierigkeit des obigen Textes: der nicht allein unklar gefaßt, sondern, wie sich ergeben wird, zudem völlig unverständlichen Inhaltes ist.

Die Frage aber, welche hier alsbald entgegentritt, ist die, wer denn unter demjenigen verstanden werden müsse, der „nicht Mehr vindiziren wird?“

Man wird, nach dem Inhalt der Vordersätze, zunächst darauf kommen, ein „eum“ — scil. heredem — als Subject zu dem „vindicaturum“ hinzuzudenken. Allein auf diesem Wege erzielt man einen sehr inhaltlosen Gemeinplatz. Denn welcher römische Kaiser wäre wohl auf den Gedanken verfallen, einem Erben und Fiduziar, der auf sein Pegasianisches Recht verzichten wollte, zu dessen Geltendmachung zu zwingen? Es bedarf kaum des Hinweises, daß dieser Kaiser den Erben nicht nur, was schon unverständlich genug wäre, zur Geltendmachung eines Vermögens**rechtes** zwingen würde, sondern zugleich zur Verletzung einer sittlichen **Pflicht**, der Treupflicht gegenüber dem Erblasser [1]), welcher der Erbe seinerseits gern nachkäme. Die sehr selbstverständliche Behauptung, daß so etwas ein römischer Kaiser nicht thue, daß er den Verzicht des Erben auf sein Pegasianisches Recht **geduldig** ertrage, kann Marcian nicht in seinen Institutionen aufgestellt und Tribonian nicht in die Digesten aufgenommen haben.

Um aber diesen Gemeinplatz zu vermeiden, bietet sich kein anderer Ausweg, als statt des „eum“ ein „se“ — scil. principem — als Sub-

---

[1]) fr. 45 D. h. t. 36,1. fr. 5 § 15 D. de don. inter vir. et uxor. 24,1. fr. 20 D. Qui in fraud. cred. 42,8.

ject zu dem „vindicaturum" zu ergänzen. Möglich ist dies nur, wenn man folgenden Fall der Entscheidung des § 4 unterstellt: Ein Kaiser ist zum Erben eingesetzt und gebeten worden, die Erbschaft nach Vorwegnahme einer Summe oder Sache, die geringerwerthig als die Quart ist, zu restituiren. Es wird nun zwar dieser Fall in dem obigen Text nirgends angedeutet, vielmehr spricht schon die allgemeine Fassung des ersten Vordersatzes erheblich gegen seine Unterstellung. Indessen, auch angenommen, man dürfe einmal diese Supposition in den Text hineinzwängen, so würde doch der Nachsatz und die Entscheidung, die in ihm gegeben werden soll: „der Kaiser dulde, daß er — jetzt also er selber — nicht Mehr vindiziren werde", dadurch um Nichts verständlicher.

Stünde freilich statt dessen etwa dort:

„non amplius principem vindicaturum",

so müßte man immerhin das zugeben, daß dann der Inhalt des Textes, für sich selbst betrachtet, wenigstens verständlich wäre und auch wohl der Wirklichkeit entspräche. Eine weitere, hier noch nicht zu erörternde Frage wäre es freilich, ob nicht etwa aus anderen, zunächst ferner liegenden Gründen ein solcher Inhalt gleichwohl zu verwerfen sei (s. hierüber unten im § 3 pp. 14, 15). Davon abgesehen würde es nicht nur als möglich, sondern auch als wahrscheinlich einzuräumen sein, daß römische Kaiser eine solche liberalitas,[2]) wie sie ihnen dann der § 4 nachrühmen würde, in der Regel bewiesen haben werden: da es ja mindestens für ehrenvoll galt und daher für einen Kaiser wohl eine Ehrenpflicht war, auf das Pegasianische Recht da, wo es nicht ausdrücklich vom Erblasser verliehen war, zu verzichten, „officio fidei praestandae pleniore fungi".[3])

Den gleichen Sinn aber würde man, bei der obigen Supposition, in dem § 4 auch dann wohl noch finden dürfen, wenn der Nachsatz lautete:

„amplius principem non pati vindicaturum".

Es wäre freilich eine auffällige Redeweise, „es dulde Jemand nicht, daß — er selber Etwas thue". Doch könnte man hier sagen: Nicht der Kaiser in eigner Person ist es, der sein Pegasianisches Recht geltend zu machen hat, dies liegt vielmehr seinen Fiscalbeamten ob. Wollen sie es aber im concreten Fall thun, dann dulde dies der Kaiser nicht, er schreite ein und verbiete es. Das könnte man zur Noth gelten lassen.

---

[2]) fr. 1 § 19 D. h. t. 36,1.

[3]) fr. 5 § 15 D. de don. inter vir. et uxor. cit.

Allein Nichts von dem Allem ist in dem obigen Text ausgesprochen. „Der Kaiser dulde, daß (er) nicht Mehr vindiziren werde" heißt es dort, eine andere Auffassung der Schlußworte ist nicht möglich. Das Entscheidende ist eben, und es muß dies im Folgenden noch öfters betont werden, die Stellung der Negation im Nachsatze. Eine Trennung des „non" von dem „amplius" und ein Herüberziehen desselben zu „pati" ist syntactisch so wenig zulässig, daß alle Versuche, den Florentinischen Text auf diesem Wege zu erklären, wie sie sogleich zu erwähnen sind, schon allein hieran scheitern müssen.

So führt denn, wenn man sich im Uebrigen mit nur einiger Strenge an den Text bindet, weder eine Ergänzung von „eum", noch eine solche von „se" dahin, den Nachsatz der Florentina verständlich zu machen. Ein Drittes aber ist nicht übrig.

Trotzdem nun finden sich Autoren, welche diesen Florentinischen Text, nicht etwa nur als den besseren dem Text der Vulgathandschriften vorgezogen, sondern auch sich ernstlich bemüht haben, einen verständlichen Sinn aus ihm herauszulesen.

Erwähnt werden mögen hier zunächst im Anschluß an das zuletzt Ausgeführte die Herausgeber einiger älteren Drucke. Sie geben zwar keine eigne Interpretation, sondern drucken lediglich die Resultate der italienischen Exegese (s. § 3 p. 13 Anm. 1) ab. Doch treten sie insofern in einen Gegensatz zu den Italienern, als diese die Vulgatlesart commentirten, sie dagegen an ihrer Statt die Florentinische unterschieben, in der Meinung nämlich, sie enthalte den gleichen Sinn. Es ist daher, bei der wesentlichen Verschiedenheit beider Lesarten, in dieser Verbindung der Florentinischen mit der Interpretation der Italiener doch ein besonderer Erläuterungsversuch zu jener zu erkennen.

Zu nennen sind die folgenden Ausgaben:

Lugd. 1569 bis 75, 5 Bde. Fol., Antw. 1576, 5 Bde. Fol., Col. Allobrog. 1612 und Aureliae 1625.

Bei Würdigung dieser Interpretation ist lediglich auf das soeben Gesagte zu verweisen. Der Sinn nämlich, den die Italiener ihrerseits in der Vulgatlesart und den daher diese Herausgeber in der Florentinischen finden wollen, ist gerade der eben besprochene, für welchen die Erbeseinsetzung eines Kaisers unterstellt werden mußte (s. a. a. O. im § 3). Daß und warum er in der Florentina nicht enthalten, wurde nachgewiesen.

Gleichwohl hat diese Auslegung noch neuerdings wieder einen Ver-

treter gefunden an Sintenis im deutschen corpus iuris ad h. l. Freilich übersetzt Sintenis neben und zwischen der Florentinischen zugleich die Vulgatlesart, in eingeklammerten Worten und derart, daß man eigentlich nicht recht weiß, welcher von beiden er den Vorzug geben will.

Einen allem Bisherigen fernliegenden, durch das Ansehen seines Urhebers bedeutungsvollen und daher eingehender zu betrachtenden Commentar zum Florentinischen Text des § 4 gibt Jacobus Cujazius. [4]) Er denkt als Subject zu dem „vindicaturum", um diesen wesentlichen Punct vorweg zu bemerken, ein „eum" hinzu und spricht sich folgendermaßen aus:

Nach der Florentinischen Lesart sei es unrichtig, wenn angenommen werde, daß der § 4 von dem Fall handle, wo ein Kaiser zum Erben eingesetzt worden; er sei vielmehr von jedem Erben zu verstehen und zeige, wie ausnahmsweise der Wille des Erblassers auch gegen das strenge Recht auf extraordinärem Wege bestätigt werden könne. Der Inhalt des § 4 hänge zusammen mit dem des § 3 eod., wo gesagt werde, daß ein großer Unterschied sei, ob die Quart nach ius hereditarium oder in einer Summe oder Sache vom Fiduziar zurückbehalten werde; daß nämlich im ersteren Fall die Erbschaftsklagen zertheilt werden, im letzteren aber ganz auf den Fideicommissar übergehen. Nun folge im § 4 eine weitere Unterscheidung, nämlich diese: Wenn die Quart nach ius hereditarium zurückbehalten werde, so sei in allen Fällen das an ihr Fehlende aufzufüllen; wenn sie dagegen (§ 4) in einer Summe oder Sache zurückbehalten werde, so werde, wenn auch von Rechtswegen das an ihr Fehlende aufzufüllen sei, doch meistens („plerumque") der Kaiser den Erben extra ordinem, durch ein Rescript, zwingen, mit der Summe oder Sache zufrieden sein: da ja, nach § 5 eod., auch wenn der Erbe gebeten worden, ohne jede Praezeption die Erbschaft zu restituiren, die Quart öfters („nonnumquam") durch kaiserliches Rescript dem Fideicommissar geschenkt und erlassen worden sei.

Diese Cujazische Interpretation scheint bei nicht Wenigen Anklang gefunden zu haben, wie ihr denn namentlich der anonyme Verfasser der observationes iuris civilis Romani, Hagae Comitum 1743 [5]), ferner Pothier [6]) und Westphal [7]) durchaus beigetreten sind.

---

[4]) Expositio novellarum, ad nov. I.

[5]) c. 20 p. 119.

[6]) Pand. Just. ad libr. XXXVI., 1 art. III. § LXXV.

[7]) Hermen.-system. Darstellung d. Lehre v. Verm. u. Fideicomm. Th. II. pp. 1259. 60.

Allein gegen dieselbe sprechen mit hinreichender Bestimmtheit sowohl innere, als äußere Gründe.

Cujazius verwerthet den § 4 zur Beleuchtung jener Aenderung des bisherigen Rechtes, welche Justinian in nov. 1 c. 2 § 2 dahin traf, daß der Erblasser fortan den Abzug der Falzidischen bezw. Trebellianischen Quart gültig verbieten könne. Drei Fälle stellt er zusammen, in denen auch schon im vorjustinianischen Recht ein Abzug der Falzidischen, bezw. Pegasianischen Quart ausnahmsweise verhindert worden sei. Den dritten dieser Fälle, in welchem man also eine extraordinäre, durch kaiserliches Rescript zu erlangende Conzession an den erblasserischen Willen zu erkennen habe, sucht Cujazius im § 4.

Indessen gewiß mit Unrecht. Zuzugeben ist allerdings die Voraussetzung Cujazens, daß der Wille des Erblassers, der seinen Erben bittet, die Erbschaft praecepta summa vel re zu restituiren, dahin geht, der Erbe solle in der vorwegzunehmenden Summe oder Sache, wie man wohl sagen kann, seine Quart finden, er solle gegen deren Empfang auf Geltendmachung seines Pegasianischen Rechtes verzichten.[8]) Daß aber nun dieser Wille des Erblassers gegen den Willen des Erben durch kaiserliches Rescript seine Bestätigung habe finden können — so allgemein, wie dies dann der § 4 sagen würde: dies kann nicht richtig sein. Cujazius selbst freilich sucht diese Consequenz seiner Auslegung durch Einfügung eines „plerumque" zu mildern, wie er nachher auch im § 5 das dort stehende „plerumque" in ein „nonnumquam" abschwächt: Beides jedoch ist unzulässig. Die allgemeine Fassung des § 4 läßt eine Restriction in dieser Richtung gewiß nicht zu. Ihr zufolge wäre vielmehr jenes vermeintliche Rescript jedem Fideicommissar und in jedem einzelnen Falle erreichbar: weil eben der Kaiser nun einmal so Etwas nicht dulde. Damit aber würde der § 4 das Sc. Pegasianum in einem seiner wichtigeren Anwendungsfälle practisch so ziemlich außer Wirkung setzen. Es ist doch unzweifelhaft, daß der Fiduziar, dem anstatt der Quart eine Summe oder Sache vom Erblasser zugewendet war, welche den Quartwerth nicht erreicht, diese seit dem Pegasianum bis zur Quart auffüllen durfte.[9]) Welche practische Bedeutung würde nun aber dieses Recht haben, wenn es, wie der § 4 nach Cujaz sagen müßte, dem

---

[8]) Vgl. einstweilen cst. 11 C. ad leg. Falc. 6,49.

[9]) fr. 1 § 16. fr. 30 (29) D. h. t. 36,1. § 3 J. quib. mod. test. inf. 2,17. § 7 J. de fideic. her. 2,23.

Fideicommissar, nicht in diesem oder jenem außergewöhnlichen Fall, sondern ganz allgemein freistünde, dasselbe durch Anrufung des Kaisers aus dem Wege zu räumen?

Und ferner wäre bei einem solchen Rechtszustand der Umgehung des Senatusconsults ein weites Feld gegeben. Denn verbieten zwar darf, vor Justinian, der Erblasser den Abzug der Quart nicht.[10]) Wohl aber könnte er das Pegasianum in sehr einfacher Weise umgehen, wenn er nur dem Fiduziar irgend eine Summe oder Sache zuwendete, auf deren Höhe oder Werth es kaum noch ankäme: denn, wenn vielleicht auch der Praetor, so dulde doch der, nach vorjustinianischem Recht, stets erreichbare Kaiser den Abzug der Quart über die Zuwendung hinaus nicht. Ja selbst, wenn der Erblasser dem Fiduziar gar Nichts zuwendete, ihn vielmehr (§ 5) bäte, ohne jede Vorwegnahme zu restituiren, so würde er wenigstens mit Wahrscheinlichkeit („plerumque“, nicht „nonnumquam“) noch darauf rechnen können, daß der Kaiser seinen ungesetzlichen Willen bestätige.

Zu diesen inneren Unmöglichkeiten der Cujazischen Interpretation treten aber noch folgende äußere Gegengründe hinzu.

Zunächst würde es, wenn man auch einmal einen Rechtszustand, wie den von Cujaz behaupteten, im Uebrigen für möglich annehmen wollte, doch zum Mindesten recht auffällig sein, daß eine solche, wie gezeigt, bedeutende Rechtsänderung, denn das wäre es practisch genommen, nur in einer einzigen Quellenstelle, und in dieser zudem in sonderbar dunklen Worten und mehr beiläufig erwähnt würde. Schon das, worauf auch von anderer Seite bereits aufmerksam gemacht wurde,[11]) müßte wenigstens Bedenken erregen.

Sodann aber tritt Cujazius auch mit bestimmten Quellenzeugnissen in Widerspruch.

Einigermaßen hierher gehört schon das unten im § 11 noch näher zu erörternde fr. 1 § 16 h. t. Julian, den der Autor dieser Stelle, Ulpian, citirt, untersucht dort genau, wann eine dem Fiduziar statt der Quart gegebene Singularzuwendung, die zwar an sich den Quartwerth erreichen würde, von der dies aber wegen eines auf ihr lastenden Pfandrechtes und der aus ihm drohenden Eviction noch nicht ganz sicher ist, bis zur Quart aufzufüllen sei, wann nicht. Diese Frage, welche noch aus-

---

[10]) Vgl. fr. 27 D. ad leg. Falc. 35,2 und nov. 1 c. 2 § 2, auch nov. 119 c. 11.

[11]) Buchholtz, Lehre v. d. Praelegaten, Cap. XIX. Anm. 89 (wo aber Sintenis mit Unrecht hierfür citirt wird).

drücklich als eine nicht einfache bezeichnet wird (die „multae quaestiones" am Schluß des § 16, s. unten im § 11 g. E.), wäre nun gewiß eine wenig practische und wenig interessante gewesen, wenn hier der Fideicommissar alle Ansprüche des Fiduziars durch Einholung jenes kaiserlichen Rescriptes alsbald hätte zum Schweigen bringen können. Wenn aber überhaupt einmal, dann mußte dieses Rescript vielleicht am Ersten gerade in diesem Falle des § 16 ertheilt werden. Denn nicht eigentlich ist hier von vornherein ein minus in praeceptione, wie im § 4, sondern es steht nur noch nicht fest, ob die verpfändete Zuwendung den Quartwerth erreiche oder nicht. Daher brauchte hier jenes Rescript den sonst allerdings nahe liegenden Vorwurf einer allzu willkührlichen materiellen Benachtheiligung des Fiduziars vielleicht am Wenigsten und jedenfalls weit weniger zu fürchten, als im § 4. Nun ist aber doch nicht wohl anzunehmen, daß Julian im § 16 eine practisch so gleichgültige Frage habe erörtern wollen, und ebensowenig, daß Tribonian eine solche, wenn vielleicht auch erst später, durch etwa erst nach Julian entstandene Rechtsübung unpractisch gewordene, Erörterung Julians in die Digesten aufgenommen habe. Wenn daher auch der § 16 freilich nicht unmittelbar die Unmöglichkeit des von Cujazius angenommenen Rescripts erweist: so scheint doch wenigstens das aus ihm hervorzugehen, daß das Sc. Pegasianum gerade für den Fall recht practisch gewesen sein muß, für welchen es der Cujazische § 4, wie oben dargelegt, practisch fast beseitigt haben würde.

Ganz unmittelbar aber ist der Widerspruch der Cujazischen Auffassung des § 4 mit dem fr. 30 (29) h. t. = § 3 J. quib. mod. test. inf. 2,17 [12]), woselbst Marcian das folgende kaiserliche Rescript mittheilt.

> „Imperatores Severus et Antoninus Cocceio Cumpano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, iure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset. Sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis aut suppleta quarta ex lege Falcidia hereditatem restituat his, qui priore testamento scripti fuerant, propter inserta fideicommissaria verba, quibus, ut valeret prius testamentum, expressum est, dubitari non oportet."

Hier wird also — und nach demselben Marcian, dem auch der

[12]) Vgl. noch § 7 J. de fideic. her. 2,23.

lungen unterliegen, so muß es auch trotz dieser Erläuterungsversuche bei dem gleich Anfangs festgestellten Resultat verbleiben, daß dieser Florentinische Text wirklich ein nicht blos unklarer, sondern völlig unverständlicher ist.

---

§ 3.

Der Text der Vulgathandschriften.

Die Vulgathandschriften WDEJC der Mommsenschen Digestenausgabe enthalten statt des obigen übereinstimmend den folgenden Wortlaut des § 4:

> „Si princeps heres institutus rogatusque hereditatem restituere praecepta aliqua summa vel re: etiamsi in praeceptione minus quam quarta pars esset: non amplius principem pati vindicaturum.“

Dieser Text unterscheidet sich nun zwar von dem Florentinischen in einer Beziehung zu seinem Vortheil, insofern nämlich so wesentlich von einander abweichende Auslegungen, wie bei jenem, bei seiner weit praeziseren Fassung von vornherein nicht wohl möglich erscheinen. Aber darin steht er wieder mit dem Florentinischen auf einer Linie, daß auch er, genauer betrachtet, eine verständliche Auslegung überhaupt nicht zuläßt.

Gewiß ist diese Vulgatlesart überall klarer, als die Florentinische.

Zuvörderst hinsichtlich der sprachlichen Form. Im Vordersatz allerdings ist dieselbe auch jetzt noch eine nicht unbedenkliche, da es trotz der einleitenden Partikel „si“ auch hier wieder am Verbum fehlt. Aber, was wichtiger ist, der Nachsatz will sich doch jetzt besser an das Vorausgehende anschließen. Zwar fehlt auch hier immer noch das verbum finitum und das Subject des accusativus cum infinitivo. Allein namentlich ist jetzt in letzterer Beziehung ein Schwanken zwischen „eum“ und „se“, wie oben, nicht mehr möglich, vielmehr weist die Identitaet des Subjectes im Vorder- und Nachsatz auf Letzteres als einzig zulässige Ergänzung unmittelbar hin.

Der klareren Fassung entspricht es, daß auch über den Inhalt der

Stelle hier größere Klarheit verbreitet ist. Daher denn insbesondere die Interpretatoren dieser Vulgatlesart in allem Wesentlichen sogar völlig miteinander übereinstimmen.

Nur zwei eingehendere Interpretationen sind anzuführen.

Die italienischen Rechtsschulen der Glossatoren- und Postglossatorenzeit verstanden den Vulgattext folgendermaßen: [1])

Wenn Jemand den Kaiser zum Erben eingesetzt und gebeten habe, nach Zurückbehaltung einer Summe oder Sache, welche aber die Quart nicht erreiche, die Erbschaft herauszugeben, so werde der Kaiser nicht dulden, daß er (d. h. also seine Fiscalbeamten) Mehr vindiziren werde, als die Summe oder Sache. Freilich werde er, wenn er wolle, Mehr, als die Summe oder Sache vindiziren können, bis zur Quart.

In speziellerer Auffassung erläutert v. Buchholtz: [2])

Der Kaiser Severus Alexander — denn zu diesem passe eine solche Liberalität besser, als zu dem von Capitolinus so übel geschilderten Macrinus; auch werde Marcian, der Verfasser des fr. 31, von Lampridius als Rath und Freund Alexanders erwähnt — Sever „habe es sich verboten", wenn er als Erbe eingesetzt und gebeten worden, die Erbschaft wieder herauszugeben, die Trebellianische Quart abzuziehen, sobald ihm nur irgend ein noch so geringes Praelegat hinterlassen worden sei. Dieses Billigkeitsgesetz habe Justinian durch die Aufnahme des § 4 in die Digesten sich selbst, sowie jedem Regenten auferlegt. Eine solche kaiserliche Liberalitaet könne nicht sehr auffallen, da Marcian, im § 5 eod., erzähle, daß früher schon einzelne Regenten, wie Trajan, Hadrian und Caracalla, sogar in dem Falle auf den Abzug der Quart Verzicht geleistet, wo ihnen gar kein Praelegat hinterlassen worden.

Beide Auslegungen kommen also, wie dies von der ersteren bereits im vorigen Paragraphen bemerkt wurde, ganz, bezw. in allem Wesentlichen für die Vulgatlesart auf denselben Sinn hinaus, den Einige auch in der Florentinischen finden wollten, indem sie auch dort die Einsetzung eines Kaisers unterstellten. Dieser Sinn wurde für den Florentinischen Text oben verworfen, und zwar aus zwei Gründen:

---

[1]) Vgl. den casus zu den §§ 3. 4. 5 des fr. 31 (30), die Accursianische Glosse zu dem „plerumque" des § 5 und das argumentum Alexanders zu den §§ 4. 5.

[2]) A. a. O. Cap. XIX bei und in Anm. 88. Uebrigens liest er den Vordersatz in der Fassung: „Si princeps sit institutus" u. s. w. (s. unten im § 4 p. 17).

Einmal sprach schon dagegen, daß jene Unterstellung in dem Florentinischen Texte nirgends angedeutet war. Dieser Grund fällt für die Vulgatlesart fort. Denn sie beginnt mit den Worten: „Si princeps heres institutus", sodaß also der dort nur künstlich hereingezogene Fall hier mit klaren Worten vorausgesetzt wird.

Der zweite und entscheidende Grund aber, der bei der Florentina gegen jenen Inhalt sprach, war die Stellung der Negation im Schlußsatz: und dieser Grund bleibt hier bestehen. Denn der Nachsatz der Vulgata zeigt dieselbe Wortfolge, wie der Florentinische. Danach duldet aber der der Kaiser, nicht, daß er Etwas nicht duldete oder verböte. Der citirte casus enthält deshalb eine augenfällige Unrichtigkeit, wenn dort dieser Nachsatz mit den Worten umschrieben wird: „Certe non patietur princeps, se vindicaturum amplius, quam sit dicta res vel summa". Buchholtz, der doch im Uebrigen so genau ist, spricht sich über diesen Punct nicht aus. Will er aber durch seine vorsichtige Ausdrucksweise „Severus verbot es sich" das umschreiben, was Marcian — eine wohl als absurd zu bezeichnende und darum eben unglaubliche Stylistik desselben vorausgesetzt — hätte sagen wollen mit den Worten, „der Kaiser dulde, daß er (d. h. seine Beamten) nicht Mehr vindiziren werde, [*]) so wird damit jene Absurditaet nur verschleiert, nicht beseitigt.

Allein, um von dieser sprachlichen Unmöglichkeit obiger Auslegungen einmal ganz abzusehen, so soll an dieser Stelle die oben (im § 2 p. 4) übergegangene Frage beantwortet werden, ob nicht schon aus anderen, außerhalb des Textes belegenen Gründen jener vermeintliche Inhalt des § 4 zu verwerfen sei.

Ein solcher Grund aber dürfte allerdings aufzustellen sein, und zwar hierin: Wenn der § 4 wirklich diesen Inhalt hätte, so würde die Aufnahme einer Stelle, die dann nichts Andres enthielte, als eine Erzählung von der freigebigen Gesinnung römischer Kaiser, in die Digesten gewiß etwas sehr Auffälliges haben. Man könnte vielleicht zugeben, daß Marcian so Etwas in seinem Institutionenlehrbuch erzählt, ja selbst, daß Derartiges in den Justinianischen Institutionen, dem Codex oder besonders etwa mit pomphaften Worten in den Novellen ausgesprochen sein könnte. In den Digesten dagegen ist man bei Aufnahme der Exzerpte

[*]) Deshalb absurd, weil nicht eigentlich der Kaiser die freigebige Gesinnung zeigte, sondern seine Beamten, deren Liberalitaet er nur, vielleicht ungern, aber in Geduld ertrüge.

strenger verfahren und hat doch in der Regel nur das aufgenommen, was für die betreffende Lehre als solche, sei es in dogmatischer oder wenigstens in rechtshistorischer Hinsicht von Bedeutung war. Dies würde man aber von dem § 4 bei jenem Inhalt gewiß nicht sagen können. Somit wäre man wohl mindestens berechtigt, eine besondere Erklärung und Rechtfertigung für die Aufnahme des § 4 in die Digesten zu fordern.

Man scheint dies auch gefühlt zu haben. Wenigstens wird wohl hierdurch v. Buchholtz zu der Meinung veranlaßt worden sein, Justinian habe durch die Aufnahme des § 4 sich und jedem Regenten nach ihm das in demselben ausgesprochene „Billigkeitsgesetz" zur Pflicht machen wollen. Aber auch hier, wie bei seiner Untersuchung über die Person des „princeps", wird schwerlich Jemand den Vermuthungen des Autors beitreten wollen: eine Anstandsregel in usum Delphini — denn Mehr wäre es eigentlich nicht — in den Digesten hat doch wohl jegliche Wahrscheinlichkeit gegen sich.

Wollte man aber dieser ganzen Ausstellung entgegenhalten, daß ja der § 5 eod., dessen Text doch zu Zweifeln an seiner Aechtheit keinen Grund biete, derselben Ausstellung unterliegen müsse, indem dort auch nur erzählt werde, daß die zu Erben eingesetzten Kaiser Trajan, Hadrian und Antoninus selbst dann dem Fideicommissar die Quart zu schenken pflegten, wenn ihnen auch gar Nichts zugewendet worden: so ist dagegen hier nur zu bemerken, daß auch diese, allerdings, wie es scheint, h. z. T. allgemein verbreitete Auslegung des § 5 ebensowenig, wie die obige des Cujaz, für richtig gehalten werden kann. Im Uebrigen ist die Erläuterung des § 5 selbst auch an dieser Stelle noch für später aufzusparen (s. unten im § 9).

Durch das Ausgeführte dürfte erwiesen sein, daß die obigen Auslegungen der Vulgatlesarten einerseits auf einer sprachlichen Unmöglichkeit beruhen, andererseits noch zudem einen zum Mindesten unwahrscheinlichen Inhalt aufstellen und deshalb zu verwerfen sind. Damit aber stellt sich nun schon diese Vulgatlesart selbst als eine unhaltbare heraus. Die relative Anerkennung nämlich kann jenen Interpretationen nicht versagt werden, daß dieselben, wenn sie auch schon zum Text nicht paßten, doch jedenfalls denjenigen Sinn im § 4 gefunden haben, den dieser Vulgattext offenbar enthalten will: denn an andere Auslegungen kann gewiß überhaupt nicht gedacht werden. Das ist aber gerade das Auffällige bei dieser Lesart, daß sie zwar einen ganz bestimmten Sinn den obigen, enthalten will,

daß jedoch dieser Sinn scheitern muß schon an einer sprachlichen Unmöglichkeit, die, so unzweifelhaft sie an sich ist, doch leicht übersehen werden konnte: an der Stellung der Negation im Nachsatz. Dies soll noch weiter unten verwerthet werden (s. unten im § 10). Hier kam es zunächst nur darauf an, festzustellen, daß auch mit dem Text der Vulgathandschriften ein verständlicher Sinn sich nicht verbinden läßt.

---

§ 4.

Die späteren Emendationen und die Ausgaben.

Es ist bei der dargelegten Verderbtheit der Florentinischen und der Vulgatlesart des § 4 sehr erklärlich, wenn sich schon frühe, und insbesondere bei den Herausgebern der Digesten, die sich ja nach irgend einer Seite hin über den Text entscheiden mußten, das Bestreben geltend macht, durch größere oder geringere Aenderungen einer der beiden Lesarten mehr Klarheit in den § 4 zu schaffen. Auf diese Weise entstand denn neben der Florentinischen und der obigen reinen Vulgatlesart, wie sie mindestens a potiori zu bezeichnen ist, eine Reihe von Varianten, die, so unerheblich sie theilweise sind, doch hier nicht ganz übergangen werden dürfen.

Alle diese abweichenden Lesarten sind also nach dem Vorbemerkten nicht etwa originäre, unabhängig von den bisher betrachteten Hauptlesarten entstandne: sie haben vielmehr die letzteren zu ihrer Voraussetzung, indem sie lediglich Emendationsversuche zu denselben enthalten. Dies dürfte sich aber, ohne daß ein Eingehen auf die Frage nöthig erscheint, inwieweit diese Varianten etwa im Einzelnen auf handschriftlicher Grundlage beruhen, schon aus folgenden Wahrnehmungen ergeben.

Einmal haben alle die anzuführenden Nebenlesarten offensichtlich entweder die eine oder die andere der obigen Hauptlesarten zu ihrer Grundlage, von welcher sie nur an einzelnen Puncten und, wenn auch theilweise nicht unerheblich, doch überall nur soweit abweichen, daß jene Grundlage der neuen Lesart immer noch unverkennbar bleibt. Sodann aber muß es

auffallen, daß diese Abweichungen für Form und Inhalt des § 4, entweder für Beides oder wenigstens für die erstere, sämmtlich von verbesserndem Einfluß sind, daß keine derselben in dieser Beziehung gleichgültig erscheint oder gar noch mehr verwirrend einwirkte. Hieran erkennt man die Absichtlichkeit der Abweichung, die Absicht, zu emendiren: und dies um so sicherer in Anbetracht jenes weiteren Umstandes, daß der § 4 in den beiden Hauptlesarten einer Emendirung allerdings dringend bedürftig erscheinen mußte.

Im Einzelnen sind nun nicht weniger als sechs verschiedene Nebenlesarten des § 4 anzuführen. Dabei mögen zunächst diejenigen erwähnt werden, welche — sämmtlich von der Vulgatlesart ausgehend — nur eine Verbesserung der sprachlichen Form bezwecken.

Hierher gehören vor Allem zwei Umgestaltungen des Vordersatzes der Vulgata. Einige Ausgaben nämlich

— vgl. die Ausg. Parisiis, apud Franciscum Regnault 1539, apud Francoys Fradin 1536 und Hugo a Porta, Lugd. 1557 —

enthalten den Vordersatz:

„Si princeps heres sit institutus" u. s. w.,

andere

— vgl. die Ausg. Lugd. 1506 bis 8,5 Bde Fol. und Baudoza Cestius, Genev. et Lugd. 1593 —

lesen unter Weglassung des „heres":

„Si princeps sit institutus u. s. w.

Für den Inhalt des § 4 sind diese Aenderungen gleichgültig. Aber auch in formeller Hinsicht ist die Weglassung des, freilich entbehrlichen, Wortes „heres" ohne Einfluß, was hiermit erreicht werden sollte, daher nicht ersichtlich. Dagegen war durch das „sit" jener bedenklichen Construction des Vordersatzes der Vulgata jetzt abgeholfen. Die im § 2 genannten angesehenen Vulgathandschriften enthalten dasselbe nicht. Doch forderte freilich ihr „si" sehr bestimmt — bestimmter noch, als der Vordersatz der Florentina — ein Verbum finitum. Es war daher wohl vorauszusehen, daß ein späterer Emendator dasselbe einfügen werde. Ob dies zuerst in den obigen oder noch anderen Drucken geschah, oder etwa schon in Handschriften, ist nicht erkennbar, aber auch ohne Interesse.

Auffälliger schon, als diese, sind einige Aenderungen im Nachsatz der Vulgata. Hier wird zunächst die Wortfolge dahin umgestaltet, daß „pati" hinter „vindicaturum" zu stehen kommt. In dieser Form geben

den Nachsatz die bereits citirten Ausgaben Lugd. 1506 bis 8 und **Hugo a Porta**, Letzterer darin sich wieder unterscheidend, daß er noch ein „se“ vor „vindicaturum“ einschiebt.

Die Tendenz dieser Emendation dürfte ursprünglich die gewesen sein, durch Aneinanderrücken der beiden Accusative „principem“ und „vindicaturum“ das Fehlen des Subjectes zum letzteren weniger fühlbar zu machen: weshalb sie denn auch der übrigens auch sonst wenig sorgfältige **Porta**, wenn er „se“ einfügt, nicht hätte aufzunehmen brauchen.

Diese Wortversetzung ist aber durchaus zu verwerfen. Für jede Emendation ist es doch vor Allem erforderlich, einmal, daß überhaupt ein Schaden vorhanden ist, der gebessert werden soll, und sodann, daß dieser Schaden auch wirklich gebessert wird: erst danach kommt die Frage in Betracht, ob so gebessert werden dürfe, wie der Vorschlag lautet. Vorliegend trifft nun keine dieser Anforderungen zu. Denn einmal unterliegt die Nothwendigkeit der Ergänzung eines „se“ im Nachsatz des Vulgattextes von vornherein keinem Zweifel (s. oben p. 12): ein so leicht zu ergänzendes Subject zum acc. c. inf. aber wurde nicht nur sehr häufig von den Juristen, sondern z. B. selbst von **Cicero** [1]) häufiger, als man wohl annehmen sollte, weggelassen. Es ist also ein zu verbessernder Schaden an diesem Punct überhaupt nicht vorhanden. Wollte man indessen auch wenigstens eine Schwierigkeit hier anerkennen, so würde dieselbe doch zweitens durch jene Wortumstellung nicht gehoben, sondern nur verhüllt. Endlich ist das bei dieser Emendation eingeschlagene Verfahren ein durchaus willkührliches, woran freilich der damalige Emendator am Wenigsten Anstoß nehmen mochte.

Durch das Gesagte ist nun zugleich jene Einfügung eines „se“ vor dem „vindicaturum“ im Nachsatz des Vulgattextes verurtheilt, welche außer der **Portaischen**, doch ohne die obige Wortversetzung, noch in der Ausgabe das **Baudoza Cestius** sich vorfindet. Auch diese Emendation ist, wenn freilich nicht gleich ergebnißlos, doch gleich überflüssig und willkührlich.

Form und Inhalt des § 4 ändert, bezw. modificirt die **Haloandrische** Lesart in der Norica 1529. Dort lautet der § 4 folgendermaßen:

> „Et hered**e**m institut**u**m rogat**u**mque hereditatem restituere **per**cepta aliqua summa veil re: etiamsi in **perce**-

[1]) S. z. B. die vierte Verrina §§ 8. 17. 19. 27 und öfters.

ptione minus, quam quarta pars esset: non amplius principem se vindicaturum."

Wesentlich ist hierbei die Umgestaltung des Vordersatzes, die auch hier wiederkehrende Einschiebung des „se", wie endlich die Auslassung des „pati" im Nachsatz.[a]) Zu dieser Lesart ist Folgendes zu bemerken.

Auch Haloander gibt hier nur einen neuen Emendationsversuch. Das „se" des Nachsatzes haben zwar auch Andere gedruckt (s. o.) und Haloander mochte dasselbe, eben weil er hiermit nicht vereinzelt steht, möglicherweise auch in einem der von ihm verglichenen „vielen und trefflichen alten Codizes" vorgefunden haben, in denen ja diese Emendation recht wohl schon einmal aufgestellt sein konnte. Dagegen fehlt es bezüglich des „heredem institutum rogatumque" im Vordersatz, wie für die Auslassung des „pati" im Nachsatz an jedem Anhalt dafür, daß Haloander auch dies schon irgendwo, namentlich etwa in einer der verglichenen Handschriften vorgefunden habe: vielmehr ist er nicht nur, soweit irgend ersichtlich, der Erste, der so schrieb, sondern auch — was wieder einigermaßen rückwärts darauf schließen läßt, daß er namentlich unter den Handschriften keine Vorgängerin hatte —, und zwar im Nachsatz durchaus, im Vordersatz aber nur mit Ausnahme sehr weniger, gleich unten zu erwähnender Nachfolger, der Einzige geblieben. Nimmt man nun zu diesen besonderen noch die obigen, auch hier, wie sich gleich noch des Näheren ergeben wird, überall zutreffenden allgemeinen Gründe hinzu, so darf die Annahme, daß man auch in diesen Abweichungen im Vorder- und Nachsatz des § 4 lediglich einen Emendationsversuch zu erkennen habe, hier wohl am Wenigsten noch einem Zweifel unterliegen.

Aber auch gegen diese Emendation erheben sich alsbald die gewichtigsten Bedenken.

Vor allen Dingen nämlich ist Haloandern gleich der Vorwurf zu machen, daß er bei seiner Textesgestaltung mit einer ganz ungewöhnlich großen Willkühr geschaltet habe. Seine Emendation soll offenbar Form und Inhalt des § 4 zugleich ergreifen. Dabei geht Haloander aus von einem Inhalt, der sich zwar, nach dem oben (§§ 2, 3) darüber Gesagten, in Wahrheit mit keiner der beiden Hauptlesarten vereinigen läßt, der aber doch noch am Ehesten in dem Vulgattext zu finden wäre: für welchen nämlich die Erbeseinsetzung eines Kaisers unterstellt werden muß.

---

[a]) Bezüglich des „percepta" und „perceptione" vgl. noch unten im § 10 Anm. 13.

Gleichwohl legt er seinem Texte nicht die Vulgata, sondern ganz offensichtlich die Florentina zum Grunde: gewiß nur wegen der größeren äußeren Autoritaet dieser Handschrift. Sie paßt ihm allerdings schlecht, aber nun nimmt Haloander mit rücksichtsloser Energie Alles aus ihr heraus, was ihm im Wege steht, und setzt dann wieder Sylben und Wörter ein, wo es gerade für seine Auslegung von Vortheil ist. Gewiß schon allein solchen gewaltsamen Verfahrens wegen wäre diese Emendation zu verwerfen.

Allein es kommt hinzu, daß trotz aller angewandten Willkühr das Ergebniß Haloanders doch ein sehr wenig befriedigendes ist. Denn da er nun fertig ist, hat es sich einerseits mit dem Styl kaum gebessert: das Ganze ist jetzt ein langer, schleppender acc. cum inf. Und ferner ist die Form der Marcianischen Bemerkung, die einer bescheidenen Anstandsregel für römische Kaiser — denn wie kann jetzt der Nachsatz anders verstanden werden als: „so werde er, Marcian, wenn er Kaiser wäre, nicht Mehr vindiziren?" — gewiß keine sehr überzeugende. Endlich leidet der Inhalt der nun dem § 4 gegeben ist, auch sonst an erheblicher Unwahrscheinlichkeit (s. oben pp. 14, 15). Es wird also kaum Etwas gebessert und jedenfalls, was auf der einen Seite gewonnen wird, auf der anderen wieder verdorben.

Daher das Gesammtergebniß: große Willkühr und gleichwohl ein sehr zweifelhafter Erfolg, womit auch diese Emendation abfällig wird. [8])

Trotz alledem hat Haloander doch, wenigstens in seiner ersten Aenderung, noch in neuerer Zeit bemerkenswerthe Nachfolger gefunden: die Gebrüder Kriegel sowohl, als Beck drucken das „heredem institutum rogatumque" ihm nach. Da sie indessen das „se" des Schlußsatzes weglassen und dafür das „pati" beibehalten, vermeiden sie wenigstens jene so sonderbare Form der Marcianischen Bemerkung. Statt dessen tritt freilich jetzt wieder jenes Mißverhältniß zwischen dem „non amplius" und „pati", jene mit jedem auch aus diesem § 4 etwa herauszufindenden Inhalt unvereinbare Stellung der Negation im Schlußsatz zu Tage. Denn mag man nun, was zweifelhaft bleibt, auch für diesen Text die Erbeseinsetzung eines Kaisers unterstellen oder ihn mit Cujaz (s. p. 6) von einem an

---

[8]) Recht deutlich tritt hier hervor, was Mommsen (in der Vorrede zur großen Digestenausgabe p. LXXVIIII.) von Haloander sagt: „Auctorum verba ad ordinarias grammaticae leges ita exigit, ut magistri castigant puerorum scriptiones scholasticas".

einer Mehrforderung zu hindernden quivis heres oder endlich mit Voet (s. p. 11) vom Fideicommissar verstehen wollen: überall wird wieder jene syntactische Unmöglichkeit hervortreten, auf welche in den beiden vorigen Paragraphen so oft hingewiesen werden mußte. Daher auch hier zunächst die Haloandrische Willkühr, trotzdem schleppende Construction und, abgesehen von der Unwahrscheinlichkeit jedes etwa aufzustellenden Inhaltes an sich, zudem Unvereinbarkeit desselben mit der beibehaltenen Form des Schlußsatzes.

Im Anschluß an diese sechs Nebenlesarten des § 4 möge hier noch ein neuerer Emendationsvorschlag wenigstens erwähnt werden, welchen der anonyme Verfasser der obs. iur. civ. Rom., Hagae Com. 1743, dessen schon einmal gedacht wurde, aufgestellt hat. Er will, sonst den Florentinischen Text adoptirend, den Vordersatz desselben so lesen:

„Et heres si institutus rogatusque sit" u. s. w.

Dieser, zum Theil allerdings beachtenswerthe Vorschlag soll unten in anderem Zusammenhang noch näher besprochen werden (s. im § 10). —

Was endlich die Ausgaben der Digesten, soweit sie noch nicht erwähnt wurden, und ihr Verhältniß zu den verschiedenen Lesarten des § 4 anbelangt, so druckte die Torrentina 1553 auch hier zuerst den reinen Florentinischen Text. Ihr folgten dann, mit Ausnahme der bereits hervorgehobenen, fast sämmtliche bedeutenderen Herausgeber und insbesondere:

> Russard, Antw. 1566. Charondas, Antw. 1575. Pacius, Genev. 1580. Gothofredus, Ausg. des Simon a Leeuwen, Amstelod. 1663. Gebauer-Spangenberg, Goett. 1776 flg. und Mommsen Berol. 1872.

Daß übrigens hierin nicht eine absolute Anerkennung des Florentinischen Textes ausgesprochen liegt, versteht sich von selbst. Mommsen fordert auch ausdrücklich zu einer Emendation auf, indem er zum Vordersatz unter dem Text bemerkt: „Credibile est „si princeps sit" similiave requiruntur".

§ 5.

Emendationsvorschlag.

Der im Bisherigen versuchte Nachweis der Verderbtheit der beiden Hauptlesarten und der Unzulänglichkeit und Bedenklichkeit aller seitherigen Interpretationen und Emendationen des § 4 würde wenig befriedigen, wenn ihm nicht nunmehr ein positiver Abschluß gegeben werden könnte. Dies Ziel will der folgende Emendationsvorschlag erreichen.

Zum Grunde gelegt wird demselben der Text der Florentina; und es bedarf dies gewiß keiner besonderen Rechtfertigung, wenigstens nicht gleich von vornherein. Denn jener Text hat im Allgemeinen stets die Vermuthung der Aechtheit und wenn, wie vorliegend, nicht diese, so wenigstens die der Melioritaet vor einer abweichenden Lesart der Vulgathandschriften voraus. Dieser Vermuthung der Melioritaet aber steht es natürlich nicht im Wege, wenn die Vulgata, wie hier, den relativ klareren und verständlicheren Wortlaut hat. Denn selbst die verworrenste Lesart kann leicht der ächten näher stehen, als eine andere selbst völlig klare.

Verworren aber ist der Florentinische Text des § 4 allerdings; und zwar sind es speziell jene beiden Perioden, welche Bedenken erregen, der Anfangs- und der Schlußsatz. Indessen die Schadhaftigkeit des ersteren ist, wie bereits mehrfach hervorgehoben, doch nur eine rein sprachliche und auch als solche noch nicht so völlig bestimmt für eine Unächtheit dieses Texttheiles beweisend. Der Schlußsatz dagegen bot, wie sich dies durch die ganzen bisherigen Ausführungen hinzieht, zugleich die meisten inneren, sachlichen Schwierigkeiten: und dies weist darauf hin, daß eine Textesemendation zunächst an diesem Puncte anzusetzen habe.

An dem Schlußsatz scheiterten ja auch alle seitherigen Interpretationen des § 4. Doch stand ihnen freilich ein Hinderniß im Wege, an welchem keine Emendation Etwas ändern darf: die Stellung der Negation, welche für unanfechtbar gehalten werden muß. Denn diese beiden Wörter „non amplius" gehören fast so eng zu einander, wie die Sylben eines Wortes und es würde daher, von allem Anderen abgesehen, eine Trennung beider und eine Versetzung des „non" zu „pati" fast dem Zertheilen eines Wortes und der Zerstreuung der einzelnen Sylben desselben gleich-

kommen. Wie denn auch kein Emendator trotz aller sonstigen Willkühr und obwohl die Versuchung gewiß nahe lag, soweit gegangen ist, an dieser Wortfolge Etwas zu ändern.

Nicht allein aber die Folge dieser Wörter, sondern auch diese selbst bieten zu irgend begründeten Bedenken gegen ihre Aechtheit keinen Anlaß: so wenig, daß vielmehr die Construction und der innere Zusammenhang des Textes eine derartige Redewendung mit Bestimmtheit erwarten lassen.

Somit beschränkt sich schon die Möglichkeit eines Angriffes auf die drei Schlußworte:

„principem pati vindicaturum".

Doch auch von diesen ist noch das letzte als gleichfalls von vornherein keinem Bedenken unterliegend auszuscheiden. Es bleiben mithin als Object der ferneren Betrachtung nur übrig die beiden Worte:

„principem pati".

Diese Worte aber fordern allerdings, zusammen und ein jedes für sich, sofort zu einiger Bedenklichkeit auf. Sie sind offenbar für den gesammten Inhalt des § 4 von der größten Bedeutung und schon deshalb liegt die Vermuthung nahe, daß die dargelegte Unverständlichkeit dieses Inhaltes auf sie im Wesentlichen zurückzuführen sei. Ein Verdacht, der sich bei näherer Betrachtung auch alsbald bestätigt.

Denn einerseits ist es doch nur das Wort „principem", welches dahin führte, in so überaus künstlicher Weise auch für den Florentinischen Text die Erbeseinsetzung eines Kaisers als Voraussetzung der Entscheidung des § 4 zu unterstellen (s. oben p. 5). Aber auch jene so unnatürliche und zudem in sich unhaltbare Auslegung des Cujaz, wie endlich auch die übrigen, haben wieder das eine Wort „principem" zur unmittelbaren und wesentlichsten Voraussetzung (s. pp. 6 flg.).

Und andererseits will ein „pati", ein „Dulden", ebensowenig in den Text hineinpassen. Selbst wenn man es unter Heranziehung der Negation von einem nicht duldenden, verbietenden Kaiser verstehen könnte (s. pp. 10, 14) so würde doch immer die Ausdrucksweise auffällig und wenig natürlich (p. 4) und der Inhalt bestenfalls ein unwahrscheinlicher sein (pp. 14, 15). Versteht man es dagegen nicht von einem nicht duldenden, sondern, wie dies nicht anders möglich, von einem duldenden Kaiser, so führt dies gar völlig ad absurdum, mag man nun den Kaiser gegenüber einem quivis heres, wie Cujaz (pp. 6 flg.), oder gegenüber dem Fideicommissar, wie Voet (p. 11) — bei ehrlicher Uebersetzung — dies thun müßten, oder

endlich gegenüber sich selbst, bezw. seinen Beamten (p. 14 Anm. 3), dulden lassen.

Wenn man aber hiergegen zunächst einmal die beiden Worte „principem pati" ganz aus dem Texte streichen und als Schlußsatz lesen könnte:

„non amplius — vindicaturum",

dann würde der § 4, möglichst wortgetreu übersetzt, den folgenden Inhalt haben:

„Und wenn Jemand zum Erben eingesetzt und gebeten worden ist, nach Praezeption einer Summe oder Sache die Erbschaft herauszugeben: auch wenn hier in der Praezeption Weniger enthalten sein sollte, als die Quart: so werde er (der Erbe) doch nicht Mehr — scil. als die Praezeption — vindiziren."

Derselbe Sinn aber wird hergestellt, wenn man — das hier schon sachlich im Schlußsatz Ergänzte auch im Texte ergänzend — statt der herauszuwerfenden Worte

„principem pati"

einfügt ein

„praeceptione".

Dies ist die vorzuschlagende Emendation des Florentinischen Textes. Sie soll nunmehr sowohl aus dem Inhalt und Zusammenhang des § 4, als durch Argumente der diplomatischen Kritik gerechtfertigt werden. Da indessen bei diesem Rechtfertigungsversuch ein Gebiet zu betreten ist, auf welchem an vielen Puncten lebhaft gestritten wird, so erscheint es unumgänglich, eine eingehendere Erörterung über das hier in Betracht kommende Recht des Sc. Pegasianum vorauszuschicken, deren Ausdehnung man mit der Schwierigkeit und dem Gewicht der zu entscheidenden Fragen entschuldigen möge.

§ 6.

Zum Recht des Sc. Pegasianum.

Nachdem sich das Institut der Fideicommisse im römischen Rechtsleben festgesetzt und insbesondere die Universalfideicommisse in dem Sc.

Trebellianum ihre endgültige Anerkennung gefunden hatten, machte sich auch bei ihnen, und ihrer umfassenderen Bedeutung wegen gewiß in besonderem Grade bei den Universalfideicommissen, derselbe Uebelstand geltend, den man bei den Legaten schon seit alten Zeiten und zuletzt durch die lex Falcidia zu bekämpfen gesucht hatte: die Gefahr nämlich, daß bei schrankenloser Freiheit in Belastung der Erbschaften mit Fideicommissen es allzu oft zu einer Destituirung letzter Willen kommen mußte. [1])

Zur Abwendung dieser Gefahr bediente sich das Sc. Pegasianum eines naheliegenden Mittels, indem es die bereits bewährte lex Falcidia von den Legaten auf die Fideicommisse übertrug und bestimmte:

> „Ut ei, qui rogatus esset, hereditatem restituere, p r o i n d e liceret, quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinendi ius conceditur.“ [2])

In diesem Satz referirt Gaius, wenn nicht den Wortlaut, so wenigstens, von den auf den Antrittszwang bezüglichen Bestimmungen abgesehen, den wesentlichen Inhalt des Sc. Pegasianum: welcher Inhalt daher, — was von durchgreifender Bedeutung ist —, abgesehen von jenem novum des Antrittszwanges, l e d i g l i c h u n d a l l e i n in der Uebertragung der lex Falcidia auf die Fideicommisse, namentlich die Universalfideicommisse besteht. Nirgends ist ersichtlich, daß das Pegasianum außer dieser Uebertragung noch selbstständige Bestimmungen über den Quartabzug bei Fideicommissen getroffen habe. Vielmehr läßt sich Alles, was Gaius im Weiteren von den Worten „per quod senatus consultum“ im § 254 bis zum § 257 und im § 259, ferner Alles, was die Quellen sonst über das Recht des Pegasianischen Quartabzugs berichten [3]), und überhaupt die ganze Lehre von diesem Abzug und seinen Wirkungen aus jener Uebertragung

---

[1]) Gaius, comment. II. § 254.

[2]) Gai. l. c. Unmittelbar anschließend folgt die Bemerkung: „Ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est“. Ob dies im Pegasianum selbst bestimmt worden — in dieser Form gewiß nicht — oder erst Ergebniß der interpretatio sei, ist nicht bestimmt erkennbar, Letzteres aber wohl das Wahrscheinlichere: weil eben die zu beseitigende Gefahr ganz vornehmlich bei den Universalfideicommissen auftreten mußte und ferner, weil das Pegasianum in erster Linie zur heilsamen Einschränkung des Trebellianum aufgerichtet wurde (Gai. l. c. § 254. § 5 J. de fideic. her. 2,23), dieses aber nur auf die Universalfideicommisse sich bezog.

[3]) S. bes. Paul. rec. sent. IV., 3 Ulp. fragm. XXV., 14, 15. §§ 5 flg. J. de fid. her. 2,23.

der lex Falcidia auf die Fideicommisse lediglich und allein herleiten: wie sich dies zunächst schon durch folgende Erwägungen bestätigen möge.

Eine Gleichstellung der Fideicommisse mit den Legaten hinsichtlich des Quartabzugs konnte natürlich nur die Bedeutung haben, daß jene beiden, unter sich so wesentlich verschieden gestalteten Erscheinungsformen der Fideicommisse, das Singular- und das Universalfideicommiß, je der ihnen entsprechenden Erscheinungsform der Legate, d. i. dem Singularlegat einerseits, dem Universallegat andererseits gleichstehen sollten. Der Singularfiduziar sollte also hinsichtlich des Quartabzugs gleichgestellt sein dem mit einem Singularlegat, der Universalfiduziar dem mit einem Universallegat, d. i. einem legatum partitionis belasteten Erben.

Wurden aber so die Grundsätze über den Quartabzug beim Partitionslegat e Falcidia auf den Quartabzug beim Universalfideicommiß [4]) e Pegasiano unmittelbar und in vollem Umfang („proinde") übertragen, so folgt hieraus zunächst, daß, sobald beim Universalfideicommiß das Pegasianum in Wirksamkeit trat, nun sofort die rechtliche Stellung des Fiduziars zum Fideicommissar vollkommen gleich werden mußte der eines Erben zum Partiarlegatar. Der Universalfiduziar sollte eben die Quart „proinde", d. h. vor Allem, in derselben Weise, oder, mit derselben Wirkung abziehen, als es der Erbe gegenüber einem Partiarlegatar e lege Falcidia thun würde.

Dies zeigt sich zunächst in dem Fall, wo der Universalfiduziar, der über den dodrans hinaus belastet wurde, die Quart wirklich einbehielt. [5]) Hier bleibt er nach erfolgter Restitution e Pegasiano auch quoad effectum noch vollkommen Erbe, „ipse universa onera hereditaria sustinet", geradeso, wie der Erbe, der ein legatum partitionis praestirte. Aber er muß nun die Erbschaftsklagen zu dem restituirten Dreiviertheil auf den Fideicommissar übertragen und zwar mittelst der vom Partitionslegat herübergenommenen stipulationes partis et pro parte. Daher gestaltet sich hier Alles so, wie wenn nicht ein Universalfideicommiß, sondern ein Partitionslegat gegeben, wie wenn nicht restituirt, sondern praestirt worden wäre.

---

[4]) Das Singularfideicommiß bleibt im Folgenden außer Betracht, schon, weil es durch das Endziel dieser Erörterungen ausgeschlossen wird; zudem zog auch das Pegasianum Consequenzen von besonderem Interesse für es nicht nach sich.

[5]) S. hierüber Gai. l. c. §§ 254, 257.

Aber das Pegasianum tritt nicht erst dann in Wirksamkeit, wenn der Fiduziar die Quart wirklich einbehält: vielmehr liegt in dem „proinde" des Gaius deutlich ausgesprochen, daß das Pegasianum nicht allein ganz in der gleichen Weise und mit gleicher Wirkung, sondern auch ganz unter denselben Voraussetzungen bei den Fideicommissen Platz greifen sollte, wie die Falcidia bei den Legaten. Voraussetzung für das Eingreifen der Falcidia aber ist nicht erst die wirkliche Einbehaltung der Quart, sondern bereits die Thatsache der Ueberschwerung für sich. Denn sobald die Legate den dodrans der Erbschaft übersteigen, sind sie zu dem überschießenden Theil ipso iure ungültig. [6])

Hieraus ergibt sich nun — und wenn ausdrückliche Quellenzeugnisse dafür, soviel ersichtlich, fehlen, so mag dies theils an der practischen Unwichtigkeit dieses Punctes, insbesondere für die Singularlegate, theils daran liegen, daß Fälle von Partitionslegaten, namentlich seit Aufkommen der Universalfideicommisse, selten genug überhaupt practisch werden mochten — der logisch wenigstens sichere Schluß, daß der mit Legaten über den dodrans hinaus belastete Erbe, auch wenn er die Legate vollständig herausgeben wollte, dieselben doch nur bis zum dodrans ex legato, zum übersteigenden Theil aber geradeso, wie jeden anderen Erbschaftsgegenstand, nur durch ein gemeines Veräußerungsgeschäft erstatten konnte. War daher der Erbe z. B. mit einem legatum partitionis zum dextans beschwert, so konnte er immer nur bezüglich des dodrans mit dem Legatar die legatrechtlichen stipulationes partis et pro parte abschließen. Wollte er auch noch die weitere Unze herausgeben, so war dies nur möglich durch gemeine Veräußerung, d. i. hier also durch Erbschaftsveräußerung, unter Abschluß der stipulationes quasi emtae venditae hereditatis.

Dies Alles übertrug das Pegasianum in der Falcidia auf die Fideicommisse. Auch bei ihnen war also der den dodrans der Erbschaft übersteigende Theil durch die Thatsache der Ueberschwerung selbst ungültig. Daher konnte auch der Universalfiduziar, der z. B. gebeten war, den dextans zu restituiren, die überschießende ungültige Unze

---

[6]) Vgl. fr. 1 pr. D. ad leg. Falc. 35,2. fr. 73 § 5 eod.: „Ergo optimum quidem est, statim ab initio ita testatorem distribuere legata, ne ultra dodrantem relinquantur. Quod si excesserit quis dodrantem: pro rata portione per legem ipso iure minuuntur."

ebenso, wie der Erbe dem Partiarlegatar, nur im Wege der gemeinen Erbschaftsveräußerung, unter Abschluß der stipulationes quasi emtae venditae hereditatis, dem Fideicommissar herausgeben.

Allein es mußten hier offenbar nicht nur bezüglich dieser einen Unze, sondern bezüglich der zu restituirenden Erbschaft überhaupt, da einmal die Voraussetzung ihres Eingreifens vorlag, auch alle Consequenzen der übertragenen Falcidia eintreten: sobald das Pegasianum überhaupt einmal eingriff, mußte eben der Universalfiduziar „proinde“ restituiren, als ob er einem Partiarlegatar zu praestiren hätte. Und deßhalb, aber gewiß nur deßhalb, wird es denn auch in dieser Hinsicht für gleichgültig erklärt [7]), ob der überschwerte Fiduziar die Quart einbehalte oder mit herausgebe: in beiden Fällen haften auch nach erfolgter Restitution die Erbschaftsklagen noch ganz an seiner Person. Daher bedarf es auch in dem Fall, daß der Fiduziar die Quart mit herausgibt, nicht allein, wie selbstverständlich, zu dem den dodrans übersteigenden ungültigen Fideicommißtheil, sondern auch zu dem gültigen dodrans, um die Erbschaftsklagen zu übertragen, des zu der Restitution hinzutretenden Abschlusses besonderer Stipulationen.

Nach streng logischer, für das Partitionslegat oben durchgeführter Consequenz würden dies nun für die beiden unterschiedenen Theile des Fideicommisses zwei verschiedene Stipulationsarten sein, für den ungültigen Theil die gemeinen stipulationes quasi emtae venditae hereditatis, für den gültigen dodrans die vom Partitionslegat herübergenommenen stipulationes partis et pro parte. Allein in der Praxis gestaltete sich dies anders. Wenn nämlich freilich die letzteren, legatrechtlichen Stipulationen nicht für den ungültigen Fideicommißtheil, so konnten doch die ersteren, gemeinen Stipulationen jedenfalls auch für den gültigen dodrans abgeschlossen werden. Da nun beide Stipulationsarten natürlicherweise nur ganz dieselbe obligatio stricti iuris erzeugten, so mußte sich aus leicht ersichtlichen Gründen die Praxis bilden, daß allgemein der Erbe, welcher ein den dodrans übersteigendes Universalvermächtniß ganz herausgab, also insbesondere der die Quart mitrestituirende Universalfiduziar, nun überhaupt nicht beide, sondern nur die auf den gültigen sowohl, als den ungültigen Vermächtnißtheil anwendbare Art von Stipulationen abschloß, d. i. die gemeinen stipulationes quasi emtae venditae here-

---

[7]) Gai. l. c. §§ 256, 257.

ditatis: woraus sich dann der Schlußsatz von Gaius II. § 257 erklärt:

> „Si vero totam [8]) hereditatem, restituerit, ad exemplum emtae et venditae hereditatis stipulationes interponendae sunt."

Dies ist das regelmäßige Recht des Pegasianischen Quartabzugs.

Wenn nun aber, wie bereits hervorgehoben, das Pegasianum bei den Fideicommissen ganz unter den gleichen Voraussetzungen („proinde") Platz greifen sollte, wie die Falcidia bei den Legaten, so folgt hieraus weiter, daß auch die Ausnahmefälle, in welchen trotz des Vorhandenseins ihrer regelmäßigen Voraussetzung, der Ueberschwerung des dodrans, die Falcidia nicht eingreift, mit ihr durch das Pegasianum auf die Fideicommisse übertragen wurden: daß also in diesen Fällen, wenn ein Fideicommiß vorlag, auch das Pegasianum ausnahmsweise nicht in Wirksamkeit trat. [9]) Auch in dieser Beziehung sollten von nun an Legate und Fideicommisse einander gleichstehen.

---

[8]) Das „totam" steht nur a potiori für das allgemeinere „quarta non retenta". — Man darf nicht so unterscheiden: Bei Restitution der ganzen hereditas wurden die stipulationes quasi emtae venditae hereditatis abgeschlossen, bei Restitution eines Theiles (des dodrans [richtig] oder auch eines größeren Theiles [unrichtig]) der überschwerten hereditas die stipulationes partis et pro parte. Allerdings hat dies auf den ersten Blick Viel für sich. Indessen wurden doch einerseits die stip. qu. e. v. h. von jeher auch für die Fälle verwendet, wo nur ein Theil der hereditas des Fiduziars restituirt wurde: da sie ja (Gai. II. § 252) bis zum Trebellianum bei jedem Universalfideicommiß nothwendig waren, also auch da, wo der Fiduziar nur einen Theil seiner hereditas restituiren sollte. Andererseits aber weist Alles darauf hin, daß die stip. p. et pr. p. ihrer, nicht überlieferten, Fassung nach nur für den Fall eines gegebenen Partitionslegates verwendbar waren, daher auch nur, soweit ein gültiges Partitionslegat vorlag, also im Fall der Ueberschwerung des dodrans — bei dem legatum partitionis selbst oder auch dem durch das Pegasianum in ein solches umgewandelten Universalfideicommiß — nur zum gültigen dodrans. Wäre es anders und die obige Unterscheidung begründet, so würde es wohl schwerlich zu erklären sein, warum die stip. p. et pr. p. erst seit dem und durch das Pegasianum auf die Universalfideicommisse anwendbar wurden, warum nicht schon vor Erlaß des Trebellianum nur bei Restitution der ganzen hereditas die stip. qu. e. v. h., da aber, wo der Fiduziar nur einen Theil seiner hereditas restituirte, die stip. p. et pr. p. abgeschlossen wurden (Gai. II. § 252 Vgl. Ulp. fragm. XXV, 15).

[9]) Dies kann zunächst für das Justinianische, Legate und Fideicommisse gegenseitig aus sich ergänzende Recht nicht bezweifelt werden. Ausdrücklich auch für die Fideicommisse oder doch allgemein für die Vermächtnisse ausgesprochen finden sich zudem die Aus-

Dies findet sich unter anderen namentlich bei einem Ausnahmefall ausdrücklich anerkannt, über welchen Marcellus aus den Digesten Julians im fr. 75 D. ad leg. Falc. 35,2 [10]) Folgendes mittheilt:

„Sed si ideo legatum ei datum est, ut integra legata vel fideicommissa praestet: deneganda erit actio legati, si lege Falcidia uti mallet."

Hierin liegt eine Ausnahme von der Regel. Denn die Regel ist die im unmittelbar voraufgehenden fr. 74 [11]) ausgesprochene, daß, was der Erbe iure legati erhält, die Anwendung der Falcidia nicht ausschließt. Hier wird nun — wenn auch nicht ganz direct, so doch durch ein unabweisbares argumentum a contrario — hinzugefügt, daß, wenn dem Erben Legate zu dem Ende gegeben seien, damit er ihretwegen auf die Falzidische Quart verzichte, dann die Anwendung der Falcidia, zwar nicht von vornherein, aber doch in dem Fall ausgeschlossen sein solle, wenn der Erbe die ihm gegebenen Legate annehme. Der Erbe soll also nur die Wahl haben zwischen den Legaten und der Quart, nicht Beides. Als gleichbedeutend aber wird es hingestellt, ob er mit Legaten oder Fideicommissen überschwert sei, ob er also die Falzidische oder die Pegasianische Quart zu fordern habe. Für die Fideicommisse enthält daher das fr. 75 den Satz, daß den dodrans übersteigende Fideicommisse doch gültig, daß das an sich begründete Pegasianum also ausnahmsweise doch ausgeschlossen sein soll, wenn der Fiduziar solche Legate oder, wie man gewiß verallgemeinernd sagen muß, Vermächtnisse annimmt, die ihm zur Abwendung des Quartabzugs gegeben wurden. Dieser Satz aber ist für die Lehre vom Sc. Pegasianum von Bedeutung.

Als solche, zur Abwendung des Pegasianischen Quartabzugs gegebene

---

nahmefälle bei nicht errichtetem Inventar (nov. 1 c. 2 § 2), beim Verzicht auf die Quart (cst. 1 C. ad. leg. Falc. 6,50 cf. für die Legate cst. 19 eod. fr. 46 vgl. fr. 15 § 1 D. ad leg. Falc., auch nov. 1 c. 3), beim erblasserischen Verbot des Abzugs (nov. 1 c. 2 § 2), beim Vermächtniß zur Erfüllung des Pflichttheils (cst. 36 C. de inoff. test. 3,28) und ad pias caussas (nov. 131 c. 12). Aber man wird überall, wo gesagt wird, daß die Falcidia cessire, dies auch von den Fideicommissen verstehen müssen, will man nicht zu irrationellen Consequenzen gelangen, z. B. beim test. militis (cst. 7 C. ad leg. Falc.). Endlich ist denn auch die Ausnahme, welche bei den für den Erben werthlosen Objecten die cst. 15 C. l. c. verbotenus nur für die Fideicommisse macht, rückwärts auch auf die Legate zu beziehen. — Vgl. noch fr. 59 pr. fr. 81 §§ 1, 2 D. ad leg. Falc.

[10]) Vgl. fr. 123 pr. D. de leg. I. fr. 22 pr. 94 D. ad leg. Falc.

[11]) S. auch fr. 91 D. eod.

Vermächtnisse sind nämlich, wie nunmehr erwiesen werden soll, vor allen anderen diejenigen Zuwendungen zu verstehen, welche der Erblasser dem Universalfiduziar gibt, wenn er ihn bittet, die Erbschaft deducta aliqua summa, [12]) retenta [13]) oder praecepta [14]) re vel summa zu restituiren. [15]) Und es ist lediglich eine Anwendung des im fr. 75 cit. allgemein gefaßten Satzes, wenn die Quellen überall bezeugen, [16]) daß, wenn hier der Universalfiduziar jene Zuwendungen annehme, nun unter Ausschluß des Pegasianum ex Trebelliano so restituirt werde, daß die Erbschaftsklagen mit der Restitution ohne Weiteres ganz auf den Fideicommissar übergehen, d. i. also, daß das gegebene Fideicommiß, obwohl es ja die hereditas als tota ergreift, nun doch in vollem Umfang gültig werde. [17])

---

[12]) § 9 J. de fideic. her. 2,23. fr. 1 §§ 17, 21. fr. 80 (78) § 13 D. h. 36,1.

[13]) fr. 3 § 3 D. de usur. 22,1. fr. 40 § 1 D. de leg. III. fr. 13 § 6 D. H. P. 5,3. fr. 31 (30) § 3 D. h. t. 36,1.

[14]) § 9 J. cit. fr. 1 § 8 D. Quando de pecul. actio 15,2. fr. 43 pr. D. de cond. et demonstr. 35,1. fr. 5 § 15 D. de don. inter vir. et uxor. 24,1. fr. 1 § 16. fr. 28 (27) § 14. fr. 65 (63) § 3. fr. 74 (72) D. h. t. 36,1. fr. 125 D. de leg. I. fr. 31 (30) § 4 D. h. t. 36,1.

[15]) Die im Text der Kürze halber nicht miterwähnte, in einer Reihe von Stellen vorkommende Anordnung, der Erbe solle restituiren und „certis speciebus pro Falcidia contentum esse" u. dgl. (cst. 11 C. ad leg. Falc. 6,50 cst. 2 C. de iure dot. 5,12 fr. 69 pr. D. de leg. II. fr. 27 § 1 D. de leg. III., auch fr. 27 D. ad leg. Falc. 35,2 cf. cst. 13 C. de her. inst. 6,24. fr. 30 (29) D. h. t. § 3 J. quib. mod. test. inf. 2,17) ist, wie gleich hier bemerkt werden möge, durchaus analog den obigen Formeln, speziell der deducta res und retenta res vel summa (d. i. als Fideicommiß: s. unten im § 9) zu beurtheilen.

[16]) § 9 J. cit. fr. 31 (30) § 3 D. h. t. 36,1 fr. 1 § 8 D. 15,2 cit. fr. 93 in f. D. ad leg. Falc. 35,2. fr. 1 §§ 16, 17 D. h. t. 36,1.

[17]) Eine weitere, mit den obigen gewöhnlich zusammengestellte Figur, nach welcher der Erbe die Erbschaft accepta pecunia oder quantitate (scil. a fideicommissario) restituiren soll, war, da sie, wenigstens in der Regel, die Anordnung eines Vermächtnisses zu Gunsten des Fiduziars nicht enthält, im Texte wegen des Zwecks der dortigen Erörterungen auszuschließen. Doch kann sie nicht ganz übergangen werden.

Sie unterscheidet sich von jenen anderen Zuwendungen vor Allem dadurch, daß der Fiduziar, nach dem Willen des Erblassers, Etwas vom Fideicommissar, nicht aus der Erbschaft erhalten soll. Gleichwohl aber zieht diese Anordnung — wenigstens in ihrer regelmäßigen Erscheinungsform — im Wesentlichen dieselben Consequenzen nach sich, wie die obigen Zuwendungen. Namentlich hat der Fiduziar zunächst die Wahl, und nur diese, zwischen Zuwendung und Quart (fr. 90 D. ad leg. Falc. 35,2). Wählt er die Zuwen-

Die Behauptung, daß jene Zuwendungen als Vermächtnisse zu ver=

---

dung, dann wird ex Trebelliano mit alsbaldigem Uebergang der ganzen Erbschaftsklagen restituirt (fr. 93 in f. fr. 91 D. eod., s. auch fr. 65 (63) § 5 D. h. t. 36,1). Wählt er die Quart, dann ist — und darin liegt allerdings etwas dieser Zuwendungsart Eigenthümliches — zu unterscheiden, ob er die Zuwendung bereits vom Fideicommissar erhielt oder nicht. Im ersteren Fall sollte man freilich meinen, daß sich der Fiduziar, da er nur jenes Wahlrecht hat, durch Annahme der Zuwendung die Möglichkeit des Quartabzugs bereits abgeschnitten habe. Indessen wird doch nur gesagt, daß er die empfangene Zuwendung oder vielmehr, wie es zu spezialisiren ist, die accepta pecunia in die Quart einrechnen müsse (fr. 91 cit.). Im zweiten Fall geht dem Fiduziar durch den Quartabzug die noch nicht empfangene Zuwendung verloren (fr. 90 cit.).

Bei der juristischen Construction dieser Sätze scheinen nun die römischen Juristen, und zwar zunächst für die pecunia accepta, zwei verschiedene Wege eingeschlagen zu haben. Vorauszuschicken ist hierfür, daß die pecunia und allgemein die quantitas accepta, eben weil sie nicht aus der hereditas, sondern vom Fideicommissar empfangen werden soll, dieser aber, wenigstens für die Regel (s. unten pp. 33 flg.), nicht mit ihnen onerirt wurde, sich nicht als ein Vermächtniß darstellt, wie die im Text zu besprechenden Zuwendungen, sondern, in der Regel, nur als eine mortis caussa capio, und zwar ein condicionis implendae caussa datum (fr. 13 § 6 H. P. 5,3. fr. 44 § 4 D. de cond. et dem. 35,1), das freilich nicht „figura condicionis“ angeordnet wurde (Mehr will das gleich zu besprechende fr. 30 § 7 D. ad leg. Falc. in dieser Hinsicht nicht sagen; bezüglich des „figura condicionis“ angeordneten condicionis implendae caussa datum s. unten in der Anm. 1 zum § 9).

In voller Anerkennung dieser ihrer Qualitaet sucht nun Marcian im fr. 30 § 7 cit. cf. § 1 eod. die obigen Consequenzen der accepta pecunia für die Pegasianische Quart in folgender Weise zu erklären. Nach § 7 soll nämlich die Anordnung, daß der Erbe accepta pecunia die Erbschaft restituire, — im Zweifel — so betrachtet werden, als sei bestimmt, der Erbe solle die Erbschaft um einen, natürlich unter ihrem Werthe stehenden, Preis verkaufen. Ein Vermächtniß aber dahin, daß der Erbe eine Sache zu einem unterwerthigen Preis verkaufe, soll nach der Regel des § 1 fr. 30 für die Falzidische Berechnung nur zu der Differenz zwischen dem Werth der Sache und ihrem Kaufpreis als Vermächtniß angesehen werden. Daher bleibt, wenn auch das Vermächtnißobject in seinem ganzen Werth den dodrans der Erbschaft überlastet, die Falcidia, bezw. das Pegasianum, doch ausgeschlossen, wenn nur der erhaltene Kaufpreis (nebst dem etwa sonst, iure hereditario, Er= und Behaltenen) den Werth der Quart erreicht. Und deshalb bleibt auch bei diesem Universalfideicommiß, wo doch die ganze Erbschaft, also an sich Mehr, als der dodrans, restituirt werden soll, das Pegasianum, ganz nach der Regel des § 1, ausgeschlossen, wenn nur der Fiduziar in der pecunia accepta den Werth der Quart erhält. Man führte diese Consequenz auch für die Universalfideicommisse aus leicht ersichtlichen Zweckmäßigkeitsgründen durch, ohne auch hier an der Meinung einiger subtiler Juristen, (die übrigens Marcian selbst, in dem er vielleicht deshalb die Entscheidung des § 7 nur als die Ansicht des Celsus und Julian referirt, vertritt: fr. 16 § 3 D. h. t.

stehen seien, ist nicht neu, aber um so lebhafter bestritten. Und nicht ohne

---

36,1) Anstoß zu nehmen, daß eigentlich von einem ius (die **hereditas** im Sinn von „Erbenrecht", in welchem Sinn sie ja restituirt wird) eine **quantitas** (die **pecunia accepta**) nicht abgezogen werden, eine Differenz zwischen beiden also und ein Fideicommiß nur in ihrem Umfang streng genommen nicht bestehen könne: was dann hier zu der Consequenz führen würde, daß doch nur die einer Minderung allein durch Division, nicht durch Subtraction fähige, ganze **hereditas** restituirt werde und daher der **dodrans** ein für allemal überschwert sei.

Diese Construction mag verhältnißmäßig einfach sein, sie läßt aber einige wichtige Puncte unerklärt. Zunächst nämlich wird nicht erklärt, daß man — wie doch aus **fr. 90 D. ad leg. Falc.** und in deren Ergänzung aus der Analogie zu den im Text zu besprechenden Zuwendungen, also mittelbar aus fr. 75 eod. zu schließen ist — dem Fiduziar allgemein, also auch dann die Wahl zwischen der **accipienda pecunia** und der Quart geben muß, wenn die erstere die letztere an Werth erreicht oder übersteigt; nebst der Consequenz des Wahlrechts, daß im Falle des Quartabzugs die noch nicht empfangene Zuwendung fortfällt (fr. 90 cit.). Nach dieser Marcianischen Construction wäre ein solches Wahlrecht überhaupt in keinem Fall gegeben. Aber auch das läßt Marcian, obwohl er doch nach seinen Eingangsworten gerade hierauf hätte kommen sollen, unerklärt, warum die empfangene Zuwendung in die gleichwohl gewählte Quart einzurechnen sei und wie überhaupt nach Empfang der Zuwendung noch von einem Quartabzug die Rede sein könne (fr. 91 cit.).

Für alles dies enthält die Erklärung die Construction, welche Papinian im Eingang des **fr. 60 (58) § 3 D. h. t.** der **accepta pecunia** gibt (vgl. auch **fr. 93 in f. ad leg. Falc.**). Er sagt dort:

> **„Acceptis centum hereditatem rogatus restituere totam pecuniam iure Falcidiae percipere videtur. Et ita divi Hadriani rescriptum intellectum est, tamquam si ex bonis nummos retenturus fuisset."**

Es soll demnach, kraft einer Fiction, so angesehen werden, als ob der Fiduziar die **pecunia** nicht als **condicionis implendae caussa datum** vom Fideicommissar empfangen, sondern aus der zu restituirenden Erbschaft retinirt habe: sodaß also die **accepta pecunia** in ihrer Construction, fictiv, der obigen Zuwendung **„retenta** (oder auch **deducta, praecepta: fr. 93 cit. in fine) summa"** gleichgestellt wird. Damit aber heben sich nun auch wirklich alle Schwierigkeiten. Denn, wenn jetzt die **pecunia accepta** als aus der Erbschaft retinirt gelten soll, so liegt zunächst kein Grund mehr vor, dem Fiduziar, der dieselbe bereits vom Fideicommissar empfieng, nun schon deshalb das Recht auf den Quartabzug abzusprechen: vielmehr bleibt ihm dasselbe, wie bei der **retinenda summa**, bis zur Restitution (**fr. 91 cit.**) Was aber ferner jene weiteren, durch die Marcianische Construction unerklärten Puncte anlangt, so ist bezüglich der Einrechnung der **pecunia accepta** in die Quart ganz auf das im Text Auszuführende zu verweisen. Jenes Recht aber des Fiduziars, auch in dem Falle die Quart zu wählen, wo der Werth des **accipiendum** den **dodrans** der Erbschaft ereicht oder übersteigt, und überhaupt jenes aus **fr. 90 cit.** sich ergebende Wahlrecht, erklärt sich daraus, daß bei dieser Papinianischen Constru-

einen gewissen Schein der Berechtigung entgegnet man vor Allem: da der

---

eben die dieses Recht begründende Thatsache der Ueberschwerung des dodrans unberührt bestehen bleibt. Ueber den Fortfall der noch nicht empfangenen Zuwendung in Folge des Quartabzuges endlich s. die bezügliche Ausführung in der Anm. 1 zum § 9.

Nun können aber Fälle vorkommen, in denen ausnahmsweise die accepta pecunia oder, wie hier allgemeiner gesagt werden muß, quantitas nicht als bloßes condicionis implendae caussa datum anzusehen ist. Wenn nämlich auch der Fideicommissar in der Regel nicht verpflichtet ist, die pecunia (scil. gegen Empfang der Erbschaft) zu geben: so sagt doch Marcian im fr. 30 § 7, nachdem er die Frage aufgeworfen, ob eine — fideicommissarische — Belastung des Fideicommissars — deren Möglichkeit im Uebrigen natürlich vorausgesetzt — in dieser Richtung anzunehmen sei, nur:

> „Sed id verisimile non est, cum talis oratio (scil. „pecunia accepta", die ablativi absoluti) magis ipsius (scil. fideicommissarii) caussa, quam contra ipsum posita videatur."

Danach wird also, wie auch natürlich, eine fideicommissarische Belastung des Fideicommissars mit der pecunia immer dann angenommen werden müssen, wenn der Wille des Erblassers erkennbar darauf gerichtet ist — und der Fideicommissar, unter welcher Voraussetzung allein er belastet werden kann, entweder Miterbe oder Vermächtnißnehmer bereits, abgesehen von dem Universalfideicommiß, geworden ist. Diese Willensrichtung kann nun zwar auch bei einer pecunia statthaben, sie wird aber besonders leicht dann zu erkennen sein, wenn die Zuwendung gerichtet ist nicht auf Geld, sondern eine quantitas anderer, nicht in der Erbschaft vorhandener, zwar auch fungibler Sachen, an deren Empfang jedoch der Fiduziar neben dem allgemeinen objectiven noch ein besonderes subjectives Interesse hat. Man setze z. B. folgenden speziellen Fall. Der Erbe ist Obstzüchter und hat, im Besitz des allein geeigneten Bodens, ein erhebliches subjectives Interesse daran, eine kostbare Obstsorte anzubauen, die bisher nur der Fideicommissar zieht. Wenn nun hier der Erblasser dem Erben aufgibt, die Erbschaft gegen Empfang einer Quantitaet dieser Obstart zu restituiren, und er macht zugleich den Fideicommissar zum Miterben oder Vermächtnißnehmer neben dem Fideicommiß, so wird man besonders leicht zu der Annahme gelangen, er habe auch den Fideicommissar mit Leistung jener quantitas fideicommissarisch belasten wollen. Solch' einen Fall muß Ulpian, wenn man nicht unnöthigerweise eine Antinomie mit fr. 30 § 7 annehmen will, im Auge gehabt haben (wofür auch die zwei-, nach der Vulgata dreimalige Wiederholung des wohl qualitativ, nicht numerisch zu nehmenden „certa" sprechen dürfte und wobei ferner zu beachten ist, daß von einem responsum, also einem wirklich vorgekommenen speziellen Fall die Rede ist), wenn er im fr. 11 § 3 D. de leg. III. ausführt:

> „Cum esset quis rogatus, restituere portionem (vielleicht soll schon dies andeuten, daß der Fideicommissar Miterbe ist) accepta certa quantitate: responsum est, ultro petere ipsum (der Fiduziar) fideicommissum ab herede (statt des motivirenden Relativsatzes „a fideicommissario, quippe qui heres sit", der, da er Erbe ist, belastet werden kann) posse. Sed utrum, si volet (scil. hereditatem restituere, der Fiduziar),

Fiduziar diese Zuwendungen in die Quart einrechnen muß,[18]) und da

praecipiet (d. h. „vorher sich geben lasse", nicht etwa „praecipiet ex hereditate", die Vulgata hat übrigens „percipiet") restituetque portionem: an vero, et si noluerit, cogatur, accepta (Vulgata: certa) quantitate portionem restituere, propriae est deliberationis. (Schon an dieser Ordnung der Fragen — eigentlich erwartet man die umgekehrte —, wo also die schwieriger zu entscheidende Frage zu zweit gestellt wird, erkennt man, daß die reziproke Singularzuwendung nicht nur „ipsius caussa" (fr. 30 § 7 cit.), sondern auch contra ipsum fideicommissarium und heredis caussa, ja dieses mehr, wie jenes, angeordnet, daß der Universalfideicommissar damit onerirt war.) Et sane, cum quis rogatur, accepta certa quantitate portionem restituere, duplex est fideicommissum: unum, ut possit petere quantitatem paratus portione cedere, aliud, ut etsi non petet, tamen cogatur, fideicommissario restituere parato praestare quantitatem (scil. quae quartam continet, denn sonst wird der Fiduziar die Quart wählen und wählen können).

Die Stelle könnte ihn ihrer etwas unbestimmten Fassung irre führen, findet aber ihre nothwendige Regulirung durch den oben citirten Schlußsatz des fr. 30 § 7. Wesentlich jedoch ist hier, einmal, daß diese, ein reziprokes Singularfideicommiß statuirende, Construction möglich ist, sowohl bei der certa quantitas, als bei der pecunia accepta, wenn auch, insbesondere bei der letzteren, nicht die gewöhnliche, während jene Papinianische, wie auch die Marcianische Construction nur für die pecunia accepta denkbar sind. Und sodann, daß sich in diesen Fällen des dem Fideicommissar auferlegten reziproken Singularfideicommisses die Consequenzen für den Pegasianischen Quartabzug wesentlich verändern und nicht mehr zurückzuführen sind auf fr. 30 §§ 7, 1 oder fr. 60 (58) § 8 cit., sondern, wie bei den im Text zu erörternden Zuwendungen, unmittelbar auf den Satz des fr. 75 D. ad leg. Falc. (p. 30 cit.): die Zuwendungen sind dann Vermächtnisse, in erkennbarer Absicht statt der Quart gegeben. S. bezüglich dieser Consequenzen die Ausführung im § 9 Anm. 1.

Des Näheren muß noch überall auf das im Text Darzulegende Bezug genommen werden. Vgl. auch außer den schon citirten Stellen noch fr. 58 (56) D. h. t. 36,1. fr. 77 pr. D. de leg. II. fr. 109 D. de cond. et dem. 35,1 und das bereits herangezogene, sehr interessante fr. 60 (58) § 8 D. h. t., zu dessen Interpretation, welche auch für die im Text zu besprechenden Zuwendungen Einiges von Wichtigkeit ergeben wird, noch Folgendes bemerkt werden mag. Papinian sagt dort:

„Acceptis centum hereditatem rogatus restituere totam pecuniam iure Falcidiae percipere videtur. Et ita divi Hadriani rescriptum intellectum est, tamquam si ex bonis nummos retenturus fuisset. Quod tunc quoque respondendum est, cum pro parte hereditatem coheredi suo restituere rogatur. Diversa caussa est praediorum pro hereditaria parte retentorum. Quippe pecunia omnis de portione retineri potest. Praediorum autem alia portio non nisi a coherede, qui dominium habet, accipitur.

ferner feststeht, daß nur das in die Falzidische und daher auch nur das in

---

Cum autem praedia maioris pretii, quam portio hereditatis essent: in superfluo praediorum petenti fideicommissario Falcidiam intervenire visum est. Concurrentem enim pecuniam compensari placuit."

Die beiden ersten Sätze wurden schon besprochen: es soll also die accepta pecunia gegenüber der Falcidia ganz gleich behandelt werden einer retenta pecunia (s. auch die Ausgleichung beider Figuren im fr. 77 pr. cit.: „Acceptis ex hereditate mea in portionem tuam centum aureis"). Nun liegt es aber in dem Begriff des „Einbehaltens", daß der Fiduziar, nach dem Willen des Erblassers, die pecunia aus dem „einbehalten" soll, was er schon hat, d. i., im Falle die Erbschaft in mehrere Theile geht, nicht etwa aus der Erbschaft im Ganzen, sondern lediglich aus seinem Erbtheil. Freilich aber scheint sich dieser erblasserische Wille nicht leicht realisiren zu lassen. Denn wenigstens an den in der Erbschaft vorhandenen baaren Geldvorräthen, der pecunia in diesem Sinne, ist doch das Eigenthum zu jedem einzelnen Geldstück auf die verschiedenen Erbtheile pro rata vertheilt. Wäre es also die Absicht des Erblassers, daß der Fiduziar von diesen baaren Geldvorräthen etwa einen gewissen reellen Theil, z. B. centum aureos, qui in arca sunt, für sich bekommen sollte, dann würde man allerdings zu der Consequenz kommen müssen, daß der Fiduziar die pecunia nicht lediglich aus seinem Erbtheil, sondern zu den Antheilen seiner Miterben von diesen, als Fideicommiß, erhalten werde. Allein diese Consequenz würde, auch abgesehen von dem, nicht entscheidenden, Widerspruch mit der genauen Bedeutung von „retinere", jedenfalls eine dem erblasserischen Willen widersprechende Härte gegen die Miterben enthalten. Denn der Erblasser will doch im Zweifel nur, daß der den Erbtheil empfangende Fideicommissar die Gegenleistung für denselben allein trage, und nicht, daß der Miterbe, der doch von der Restitution gar keinen Vortheil hat, an dem onus der Gegenleistung partizipire. — Nun läßt sich aber auch dieser erblasserische Wille in Wirklichkeit ganz unbedenklich durchführen, wenn man nur unter der pecunia nicht in der Erbschaft vorhandenes baares Geld, sondern lediglich einen abstracten Werth in Höhe der angegebenen Geldsumme versteht; welcher Werth dann, sowohl in Geld, wie nöthigenfalls auch in anderen Sachen, überall aber aus dem zu restituirenden Erbtheil allein einbehalten werden kann, von dem daher Papinian mit Recht sagt: „Quippe pecunia omnis („ganz") de portione retineri potest". Bei dieser Auffassung, wonach also der Fiduziar die pecunia aus seinem Erbtheil retiniren muß, wird der Miterbe vor unbilliger Belastung geschützt und allein durch sie dem Willen des Erblassers vollkommen entsprochen. Es folgt aber aus dem Dargelegten der, zunächst für die im Text zu erörternden Zuwendungen wichtige, Satz, daß sich der Fiduziar die retinenda summa — und das Gleiche ist unbedenklich auch von der deducenda oder praecipienda summa anzunehmen (s. auch fr. 93 D. ad leg. Falc. in f.: „quasi retentam et praeceptam pecuniam") — gegenüber der Falcidia auch in dem Falle ganz in Anrechnung bringen muß, wo er noch Miterben hat (vgl. einstweilen fr. 18 § 3 D. h. t. 36,1, s. noch unten im § 9). Dies Alles soll jedoch auch von der accipienda pecunia gelten, denn sie soll eben gegenüber der Falcidia einer retinenda summa ganz gleich behandelt werden.

die mit ihr identische Pegasianische Quart eingerechnet wird, was der Fidu-

---

Diese Gleichstellung beider Anordnungen muß aber, wie Papinian noch ausdrücklich hervorhebt, auch dann gelten, wenn der Erbtheil dem Miterben accepta pecunia restituirt werden soll. Hier könnte man nämlich, und besonders dann, wenn etwa nur zwei Erben eingesetzt wären, noch am Ersten jene irrige Meinung vertheidigen: da ja dem Miterben restituirt werden und er also jedenfalls die ganze Gegenleistung tragen soll. Allein er soll sie eben nur als Fideicommissar und zu keinem Theil als Miterbe tragen. Denn anderenfalls wäre, abgesehen davon, daß man beim Vorhandensein noch weiterer Miterben für diese doch wieder zu jener dem erblasserischen Willen durchaus widersprechenden Härte gelangen müßte, die nächste Consequenz jedenfalls die, daß man bezüglich des auf den Erbtheil des Miterben und Fideicommissars entfallenden Theils der pecunia jetzt eines jener reziproken Singularfideicommisse annehmen müßte und daß daher der Universalfiduziar diesen Theil der pecunia, auch wenn der Fideicommissar das Fideicommiß ausschlüge, doch, gegen Anbietung der Restitution, als Singularfideicommiß einfordern könnte (fr. 11 § 3 D. de leg. III. cit.). Diese, auch hier dem erblasserischen Willen widersprechende Consequenz will Papinian, ganz in Uebereinstimmung mit fr. 30 § 7 D. ad leg. Falc. cit., im dritten Satz des § 3 abschneiden: und so ist seine Bemerkung ein weiterer Beweis dafür, daß das fr. 11 § 3 cit., wie oben geschehen, einschränkend interpretirt und durch fr. 30 § 7 regulirt werden muß.

Jene Auslegung des erblasserischen Willens, so führt Papinian im Weiteren aus, daß das retinendum aus dem zu restituirenden Erbtheil einbehalten werden soll, ist dann nicht mehr möglich, wenn nicht eine abstracte pecunia, sondern ein concreter Gegenstand, z. B. ein praedium, retinirt werden soll. Denn dieses praedium ist einmal durch den Erbschaftsantritt Miteigenthum aller Miterben geworden. Nun will aber der Erblasser offenbar, daß der Fiduziar das ganze praedium erhalten und bei der Restitution behalten soll. Diese Absicht läßt sich jedoch nicht anders realisiren, als wenn man in der Verfügung, der Fiduziar solle seinen Erbtheil retento praedio restituiren, zu den auf die Erbtheile seiner Miterben entfallenden Theilen das praedium einzelne Singularfideicommisse annimmt: sodaß also der Fiduziar, der z. B. nur einen Miterben zu 1/2 hätte, die Hälfte des praedium von diesem Miterben als Fideicommiß erhalten und nur die andere Hälfte dem Fideicommissar gegenüber, aus seinem Erbtheil behalten wird. Der Quart gegenüber kommt aber dann nur die letztere, wirklich einbehaltene, Hälfte in Anrechnung („praediorum pro hereditaria parte retentorum“: fr. 18 § 3 D. h. t. 36,1. fr. 86 D. ad leg. Falc.) Denn wenn auch nach fr. 75 ad leg. Falc. cit. alle statt der Quart gegebenen und angenommenen Vermächtnisse, also unter Umständen auch solche, mit denen ein Miterbe belastet wurde, die Quart ausschließen sollen, so läßt sich doch hier noch nicht ohne Weiteres vermuthen, daß das vom Miterben fideicommissarisch gegebene halbe praedium mit statt der Quart des zu restituirenden Erbtheiles gegeben sein soll. Beim Mangel besonderer Dispositionen muß vielmehr umgekehrt angenommen werden, daß nur das Gegenleistung für den zu restituirenden Erbtheil sein und also auch nur das statt der Quart dieses Erbtheils gegeben sein soll, was der zu tragen hat, der die Leistung erhält, d. i. aber nicht, wie bei der abstracten pecunia, das ganze praedium,

ziar iure hereditario hat: [19]) so folgt hieraus, daß der Fiduziar auch diese

---

sondern nur derjenige Theil desselben, um welchen dem Fideicommissar der zu restituirende Erbtheil verkürzt wird: nur dieser kommt der Quart gegenüber in Rechnung, die weiteren Theile sind extra quartam.

Für die beiden letzten Sätze des § 3 ist der aus dem dritten und vierten Satz combinirte Fall zu unterstellen, daß der Erbe gebeten wurde, seinen Erbtheil dem Miterben retento praedio zu restituiren. Hier ist also nun wirklich dem Fideicommissar und Miterben bezüglich des auf seinen Erbtheil entfallenden Theils des praedium eines jener reziproken Singularfideicommisse, wie im fr. 11 § 3 de leg. III., auferlegt worden: nur darin vielleicht verschieden, daß dort die Reziprozitaet der Zuwendung unzweifelhaft war, fraglich dagegen die Vermächtnißqualitaet, während hier umgekehrt die letztere feststeht und nur gefragt werden kann, ob auch die Reziprozitaet anzunehmen sei, d. h. ob nicht etwa auch hier lediglich der auf den Erbtheil des Fiduziars entfallende Theil des praedium statt der Quart, der Antheil des Fideicommissars am praedium dagegen gleich denen etwaiger weiterer Miterben ohne Beziehung zum Universalfideicommiß gegeben sei. Indessen folgt doch diese Wechselbeziehung schon daraus, daß man überhaupt, wie insbesondere aus fr. 22 pr. 94 D. ad leg. Falc. hervorgeht, bei allen dem Erben vom Miterben gegen ein Vermächtniß gegebenen Vermächtnissen die durch fr. 75 eod. erforderte Reziprozitaet und deshalb annahm, daß durch den Empfang, ja, im Falle das Vermächtniß den Werth der Quart erreicht, schon ganz unbedingt (denn in der Regel wird's freilich im anderen Falle auch so sein) durch die Einforderung (nur dies will das fr. 22 pr. cit. sagen, keineswegs etwa, im Widerspruch mit fr. 75, daß der Fiduziar, wenn das Vermächtniß den Quartwerth nicht erreicht, nun noch neben dem Vermächtniß die Quart abziehen dürfe, ein unrichtiges argumentum a contrario; besonders zu beachten ist die periphrastische Form „percepturus est", „was der Fiduziar erhalten will", womit eben, in Verbindung mit dem „petit", als wesentlich angedeutet wird, daß der Fiduziar sich hier den Quartabzug schon durch die Erklärung seines Willens, das Vermächtniß zu erhalten, abschneidet) solcher Vermächtnisse der Abzug der Quart ausgeschlossen werde. (Der Schlußsatz des fr. 94 cit., der zu Mißverständnissen Anlaß geben könnte, ist so zu verstehen: Will aber die Erbin statt der Quart — denn sie hat nur die Wahl zwischen Quart und Vermächtniß (fr. 75 cit.) — die ihr gegebenen Vermächtnisse erhalten, vorausgesetzt, daß („si modo") dieselben den Quartwerth erreichen — unter welcher Voraussetzung allein nämlich die Erbin sich verständigerweise für die Vermächtnisse entscheiden wird — dann muß sie dem Willen des Erblassers völlig entsprechen und ohne Quartabzug praestiren.)

Dieses reziproke Fideicommiß soll nun der Fideicommissar, so ist die aus einem argumentum a contrario erkennbare Meinung Papinians, jedenfalls, und selbst dann, wenn dasselbe den dodrans seines Erbtheils an Werth übersteigen sollte, wenn also der auf seinen Erbtheil entfallende Theil des praedium mehr als $^3/_4$ des Erbtheiles werth wäre (z. B. er ist Miterbe zu 1 Unze, der Fiduziar zu 11 Unzen und das praedium hat den Werth von 10 Unzen), doch, gegen Empfang des Universalfideicommisses, ganz praestiren: es sei denn, wie Papinian sagt, daß der Werth des ganzen praedium ein höherer wäre, als der des zu restituirenden Erbtheiles.

Zuwendungen nicht als Vermächtnisse, iure legati, sondern eben nur iure hereditario erhält. [20])

Dieser Satz erklärt sich in seinem ersten Theil folgendermaßen: Die dem Universalfiduziar gegebene Gegenleistung ist hier allerdings in erster Linie ein Fideicommiß: aber auch sie trägt, wenigstens nebenher, noch jenen Character eines **condicionis implendae caussa datum**, welcher, wie oben statuirt wurde, der **accepta pecunia** in der Regel ausschließlich zukommt. Denn auch hier ist es noch wahr, daß der Erblasser die Verpflichtung zur Restitution des Erbtheiles knüpfen wollte an die Leistung des **praedium**, und zwar des ganzen **praedium**, — soweit dieselbe in der Macht des Fideicommissars steht. Der Fideicommissar kann daher, auch wenn das reziproke Fideicommiß seinen Erbtheil überschweren sollte, doch nicht die Quart abziehen, — solange er überhaupt auf das Universalfideicommiß Anspruch macht: denn mit dem Quartabzug würde die Bedingung der Restitutionspflicht für das Universalfideicommiß defiziren.

In dem Gesagten liegt nun aber eine Erläuterung zu dem obigen Satz dahin, daß der Universalfiduziar kein Recht auf völlige Leistung des überschwerenden reziproken Fideicommisses hat, daß sein Recht auf Leistung des reziproken Fideicommisses nur soweit geht, daß der **dodrans** des Erbtheiles des Fideicommissars nicht überlastet wird. Denn diesem ist die Freiheit des Quartabzuges nicht schlechthin, sondern nur „**ipsius caussa**" genommen, insofern durch den Nichtabzug die Restitution des Universalfideicommisses bedingt wurde. Will daher der Fideicommissar auf das Universalfideicommiß verzichten, dann kann er auch die Quart abziehen. Denn mit dem Wegfall des Universalfideicommisses fällt auch das reziproke Singularfideicommiß als solches zusammen, es bleibt nur ein einfaches Fideicommiß, mit welchem der Miterbe als solcher belastet wurde und das ebendeshalb dem Quartabzug unterliegt.

Aber freilich darf man, und dies will eigentlich Papinian hervorheben, jene Consequenz, daß der Fideicommissar, um das Universalfideicommiß zu erhalten, das reziproke Fideicommiß stets ganz leisten müsse, nicht zum Extrem führen. Dieses letztere soll nämlich immer doch nur eine Gegenleistung sein. Von einer solchen sollte man nun annehmen, daß sie eigentlich niemals die Leistung an Werth übersteigen werde, umsomehr, als jenes reziproke Fideicommiß doch nach der gewöhnlichen Absicht des Erblassers nicht einmal für das ganze Universalfideicommiß, sondern nur für dessen Quart Gegenleistung sein soll, und selbst für sie nicht allein, sondern nur neben dem in die **hereditas restituenda** selbst fallenden Theil des Vermächtnisses. So wird denn auch in den meisten Fällen der Werth des Universalfideicommisses der höhere sein. Würde aber nun einmal der Erblasser einen Gegenstand, z. B. ein **praedium**, von so hohem Werth zur Retention bestimmen, daß der Fiduziar durch Retention seines eigenen Antheiles am **praedium** und völlige Leistung des reziproken Fideicommisses in den Besitz eines höheren Werthes käme, als der des restituirten Erbtheiles war, daß also wirklich einmal die Gegenleistung die Leistung überwöge: dann wird, wie Papinian sagt, dem Universalfiduziar und reziproken Singularfideicommissar, wenn er nun das reziproke Fideicommiß einfordert, („**petenti fideicommissario**"), die **Falcidia** wenigstens insoweit entgegentreten („**intervenire**", nicht „zu Hülfe kommen", wie u. A. noch Buchholtz, Prael.

Dagegen wird indes wohl replizirt: Jure hereditario könne der

---

p. 521 will), daß er an dem „superfluum", der Differenz zwischen praedium und restituirtem Erbtheil, sich den Abzug der Quart, falls nämlich, wie natürlich zu ergänzen, der ursprüngliche Erbtheil des Fideicommissars durch dieses superfluum überschwert sein sollte, gefallen lassen muß.

Hierbei wird, wie es scheint, jener Satz des fr. 80 § 1 ad leg. Falc. zu analoger Anwendung gebracht, wonach, wenn der Erbe eine Sache (hier das reziproke Fideicommiß) zu einem unterwerthigen Preis (hier das Universalfideicommiß) veräußern soll, der Falcidia gegenüber ein Vermächtniß nur im Umfang der Differenz zwischen Preis und Sachwerth angenommen wird. Und zwar unterstellt Papinian im § 3 offenbar den Fall, daß nur Fiduziar und Fideicommissar Erben sind, denn sonst müßte er sagen: „Cum autem praedia pro partibus heredis et fideicommissarii maioris pretii — essent", weil die Antheile etwaiger weiterer Miterben auch hier außer Betracht bleiben müßten. Kraft jener Analogie konnte sich nun aber die Ansicht ausbilden („visum est", „placuit"), man habe hier der Falcidia gegenüber so zu verfahren, als ob überhaupt nicht vom Fiduziar dessen Erbtheil dem Fideicommissar und von diesem dessen Antheil am praedium dem Fiduziar vermacht, sondern, als ob lediglich vom Fideicommissar dem Fiduziar ein Fideicommiß in Höhe jenes superfluum gegeben wäre: „Concurrentem enim pecuniam compensari placuit", d. h. die bis zu diesem superfluum sich gleichstehenden Werthe von Universalfideicommiß und reziprokem Singularfideicommiß compensiren sich, heben sich auf und es bleibt der Falcidia gegenüber nur ein Singularfideicommiß des superfluum an den Fiduziar. Dieses Fideicommiß aber ist, weil eben zwar die Leistung die Gegenleistung, nicht aber, vernunftgemäß, letztere die Leistung an Werth übersteigen darf, nicht mehr Gegenleistung, sondern im eigentlichen Sinn ein „superfluum", ein darüber Hinausgehendes, und soll deshalb gleich einem selbstständigen, neben der Gegenleistung der verliehenen Vermächtniß dem Quartabzug unterliegen.

Als Beispiel für diese beiden letzten Sätze des fr. 60 (58) § 3 diene noch der folgende Fall: Der Fiduziar ist Erbe zu 1 Unze, der Fideicommissar zu 11 Unzen, das praedium retinendum hat den Werth von 10 Unzen. Der auf den Erbtheil des Fiduziars entfallende Theil des praedium beträgt also $^{10}/_{12}$ Unzen, der auf den Erbtheil des Fideicommissars entfallende Theil $^{10}/_{12} \times 11$ Unzen. Würde hier nun auf keiner Seite die Quart retinirt, so behielte

a. der Fiduziar bei der Restitution seinen Antheil am praedium mit $^{10}/_{12}$ Unzen. Dazu erhielte er vom Fideicommissar dessen Antheil am praedium mit $^{10}/_{12} \times 11$ Unzen. Das wäre zusammen $^{10}/_{12} + {}^{10}/_{12} \times 11 = 12 \times {}^{10}/_{12} = 10$ Unzen.

b. Der Fideicommissar dagegen erhielte durch die Restitution den Rest des Erbtheils des Fiduziars mit $^{2}/_{12}$ Unzen und behielte dazu den Rest seines eigenen Erbtheils mit $11 - {}^{10}/_{12} \times 11 = 11 \times (1 - {}^{10}/_{12}) = 11 \times {}^{2}/_{12}$ Unzen. Das wäre zusammen $^{2}/_{12} + 11 \times {}^{2}/_{12} = 12 \times {}^{2}/_{12} = 2$ Unzen.

Daher würde im Resultat der Fideicommissar durch das Universalfideicommiß, die Leistung, um 9 Unzen ärmer, der Fiduziar durch das reziproke Fideicommiß, die Gegenleistung, um 9 Unzen reicher werden. Aber Leistung ($^{2}/_{12}$ Unzen) und Gegen-

Fiduziar diese Zuwendungen schon um deswillen nicht innehaben, weil er ja durch die unter ihrer Einbehaltung erfolgende Restitution die Erbschafts-klagen ganz auf den Fideicommissar übertrage, weil er also durch die Restitution quoad effectum — und darauf allein komme es an — völlig aufhöre, Erbe zu sein. Daher bleibe die Annahme unumgänglich, daß der Fiduziar diese Zuwendungen, die er iure hereditario nicht haben könne, iure legati innehabe.[21])

So stehen sich in dieser Frage zwei Ansichten gegenüber, von denen die eine die andere unbedingt auszuschließen, deren Vereinigung und Versöhnung kaum möglich zu sein scheint. Allein die Wahrheit dürfte gleichwohl auch hier, wie so oft, in der Mitte liegen.

Allerdings nämlich ist es richtig, daß der Fiduziar, indem er unter Einbehaltung dieser Zuwendungen restituirt, durch die Restitution quoad effectum völlig aufhört, Erbe zu sein. Und ferner ist es unzweifelhaft wahr, daß, wer nicht mehr Erbe ist, auch Nichts mehr als Erbe haben kann: Letzteres aber muß doch der Ausdruck „iure hereditario habere"

---

leistung ($^{10}/_{12} \times 11$ Unzen) sollen sich compensiren, daher die letztere als solche nur $^{2}/_{12}$ Unzen betragen. Das superfluum, also $^{10}/_{12} \times 11 - {}^{2}/_{12}$ Unzen, gilt der Falcidia gegenüber als selbstständiges Fideicommiß, welches dem Quartabzug unterliegt. Daher erhält nun:

a. der Fiduziar außer seinem eignen Antheil am praedium mit $^{10}/_{12}$ Unzen nur $^{10}/_{12} \times 11 - {}^{1}/_{12} \times 11$ Unzen vom Antheil des Fideicommissars am praedium, zusammen also $^{10}/_{12} + {}^{9}/_{12} \times 11 = {}^{1}/_{12} + {}^{9}/_{12} \times (1 + 11) = {}^{1}/_{12} + {}^{9}/_{12} \times 12 = 9\,{}^{1}/_{12}$ Unzen. Denn

b. der Fideicommissar ist berechtigt, die Quart, d. i. $^{3}/_{12} \times 11$ Unzen, einzubehalten, kann daher, da er bei voller Leistung des reziproken Fideicommisses nur $^{2}/_{12} \times 11$ Unzen behalten würde (s. o.) $^{1}/_{12} \times 11$ Unzen von dem „superfluum" abziehen. Der Fideicommissar bekommt daher im Ganzen: $^{2}/_{12} + {}^{3}/_{12} \times 11 = {}^{1}/_{12} \times 11 + {}^{2}/_{12}$ $(1 + 11) = {}^{11}/_{12} + {}^{2}/_{12} \times 12 = 2\,{}^{11}/_{12}$ Unzen.

Andere Interpretation den fr. 60 (58) § 3 s. b. Vangerow Pand. II. p. 487. Buchholtz l. c. pp. 520 flg. Vallius in Otto thes. I. p. 452. Cuiacius in comm. IX resp. Pap. ad h. l.

[18]) § 9 J. de fideic. her. 2,23. fr. 91, 93 D. ad leg. Falc. fr. 60 (58) § 3 D. h. t. 36,1.

[19]) fr. 74, 91 D. ad leg. Falc. fr. 18 § 3 D. h. t. 36,1.

[20]) Brinz, Pand. pp. 972 flg. und Vangerow Pand. II. § 536 in den früheren Auflagen vertreten diese Meinung.

[21]) Buchholtz l. c. Cap. X. p. 255 und öfters. Vangerow, 7. Auflage II. p. 485. — Schwankend Kretschmar, Natur des Praelegats, Leipzig 1874 § 1 Anm. 3 und § 12 bei Anm. 95a flg.

bedeuten, soll er nicht eine leere, auch durch das dem Fiduziar trotz der Restitution natürlich noch verbleibende [22]) **nomen heredis** kaum nothdürf-dürftig colorirte Redensart sein.

Allein trotz dem Allem ist zu behaupten, daß der Fiduziar, **w e n n e r d i e Q u a r t e i n b e h ä l t**, jene Zuwendungen **i u r e h e r e d i t a r i o** behält.

Andererseits aber ist es allerdings nicht minder richtig und unbestreitbar, daß der Fiduziar die hier fraglichen Zuwendungen in die Quart einzurechnen hat. Und richtig ist weiter, daß die Falzidische und die Pegasianische Quart durchaus identisch sind: das ist ja gerade die hier vertretene Auffassung, welche das ganze Recht des Pegasianischen Quartabzugs lediglich aus der unmittelbaren und vollständigen Uebertragung der **lex Falcidia** auf die Fideicommisse herzuleiten versuchte. Richtig ist endlich, daß der Erbe nach der **Falcidia** nur das in die Quart einrechnen muß, was er **iure hereditario** erhält.

Allein trotz dem Allem ist zu behaupten, daß der Fiduziar, **w e n n e r d i e Q u a r t n i c h t e i n b e h ä l t**, jene Zuwendungen **i u r e l e g a t i** erhält.

Denn das Richtige scheint dies zu sein: **J e n e Z u w e n d u n g e n s i n d V e r m ä c h t n i s s e. A b e r d e r F i d u z i a r e r h ä l t d i e z u g e w e n d e t e n O b j e c t e n u r d a n n i u r e l e g a t i, w e n n e r d i e Q u a r t n i c h t e i n b e h ä l t, i u r e h e r e d i t a r i o d a g e g e n, w e n n e r d i e Q u a r t e i n b e h ä l t.**

Diese Ansicht juristisch zu construiren, ist die Aufgabe der folgenden Paragraphen.

---

[22]) Weil nach dem Satz „semel heres semper heres“ unübertragbare: fr. 7 § 10 D. de minor. 4,4. fr. 3 § 2 D. de lib. et post. 28,2. fr. 3 § 3. fr. 88 D. de hered. inst. 28,5.

§ 7.

Fortsetzung: Construction der Anordnung, der Erbe solle deducta summa, retenta, praecepta re vel summa die Erbschaft restituiren.

Wenn im vorigen Paragraphen der zweiten von jenen beiden Hauptansichten, wenigstens in ihrer grundlegenden Behauptung, der Vorzug gegeben wurde, so muß dies zunächst gestützt werden auf jene völlig richtige Argumentation, daß der Fiduziar, welcher durch seine Restitution die Erbschaftsklagen ganz auf den Fideicommissar überträgt, also, quoad effectum, völlig aufhört, Erbe zu sein, nun auch Nichts mehr iure hereditario innehaben kann. [1]) Gerade für den Fall aber sind dem Fiduziar diese Zuwendungen gegeben, daß er ihretwegen auf die Quart verzichte, daß er mit Uebertragung der ganzen Erbschaftsklagen restituire: sie sind ihm daher für einen Fall gegeben, in welchem er sie unzweifelhaft nicht iure hereditario haben kann. Schon dies nöthigt zu der Anerkennung, daß die Zuwendungen nicht per universitatem, sondern als singulae res gegeben wurden, d. i. aber, [2]) da der Gedanke an eine mortis caussa capio von vorneherein ausgeschlossen bleibt, als Vermächtniß.

Allein diese Auffassung, daß die Zuwendungen Vermächtnisse seien, kann doch nur anerkannt werden unter dem Vorbehalt einer wesentlichen Modification, einer Abweichung von der gewöhnlichen Meinung, welche die Frage betrifft, wer denn nun mit diesen Vermächtnissen onerirt sei.

Die Vertreter der Ansicht, daß diese Zuwendungen Vermächtnisse seien, setzen wohl sämmtlich, wie denn auch ein Anderes auf den ersten Blick fast als juristisch unmöglich erscheinen dürfte, als Onerirten den Fideicommissar. [3]) Und wirklich hat diese Meinung einigen Schein für sich. Man

[1]) So jetzt auch Windscheid in der neuesten Auflage des Lehrbuchs, Bd. 3 § 652 Note 17.

[2]) Vgl. bes. Windscheid l. c. § 623 im Anf.

[3]) S. bes. Vangerow Pand. II. p. 485, 154. Windscheid l. c. § 666 bei Note 7 und in Note 8 und § 652 in Note 17 der früheren Auflagen. Die Ausführungen der vierten Auflage in Note 17 cit. — von welchen der Verfasser erst nach erfolgtem ersten Abdruck dieses Theils seiner Schrift (s. d. Vorwort) Kenntniß erlangte —

könnte nämlich so sagen: Der Fideicommissar, welchem die hereditas, d. i. also das gesammte Erbenrecht, zum Antheil des Fiduziars, restituirt werden soll, hat durch das Vermächtniß ein fideicommissarisches Recht auf Herausgabe aller in der Erbschaft befindlichen einzelnen Sachen erhalten. Wenn nun einige dieser Sachen aus der hereditas heraus dem Fiduziar zugewendet werden, so enthält diese Anordnung eine Wiedereinschränkung des ohne sie auch diese Sachen ergreifenden Rechtes des Fideicommissars, mithin eine Onerirung desselben. Und dabei brauchte auch nicht, was der Erblasser offenbar nicht will, nothwendig vorausgesetzt zu werden, daß die zugewendeten Sachen zunächst durch die Restitution auf den Fideicommissar und dann erst wieder durch Rückpraestation auf den Fiduziar übergingen [4]) — Vorgänge, die sich ja factisch freilich in der Regel zu einem bloßen Behalten Seitens des Fiduziars bei der Restitution verflüchtigen würden —: die Zuwendungen könnten zur Noth auch, der erblasserischen Willensrichtung entsprechender, als Vermächtnisse von dem Honorirten (Fiduziar) bereits gehörigen Sachen aufgefaßt werden, auf deren Herausgabe der Onerirte (Fideicommissar) vermöge des fideicommissum hereditatis an sich einen Anspruch hätte, auf welchen Anspruch er aber verzichten sollte. [5])

Allein, schon wenn man die Worte, welche der Erblasser bei Anordnung dieser Zuwendungen gebraucht, etwas genauer betrachtet, muß eine solche Construction bedenklich erscheinen. Der Erblasser sagt gar nicht, daß der Fideicommissar dem Fiduziar Etwas belassen, geschweige denn, daß er ihm Etwas geben solle, seine Worte richten sich vielmehr lediglich an den Fiduziar: er soll abziehen, einbehalten, vorwegnehmen, oder vielmehr, er soll, nach dem in sein Belieben gestellten Abzug, Einbehalten, Vorweg-

---

scheinen, wenn auch W. an der Onerirung des Fideicommissars festhält, dem hier Auszuführenden nicht ganz fern zu stehen; vgl. z. B. p. 55 unten die Betonung des Unterschiedes zwischen dem Recht auf Erhalten und Behalten des vermachten Objects; ferner die Bemerkung Ws. in Note 17: „Er (scil. der Erbe) hat zwar (scil. an der praecepta u. s. w. res) dasselbe Eigenthum, welches er als Erbe erworben hat und nicht ein ihm vom Erbschaftsvermächtnißnehmer neu übertragenes; aber dieses Eigenthum würde er nicht mehr haben, wenn nicht die Verfügung des Abzuges wäre“, cf. die Erörterungen über die mögliche Utilitaet des legatum heredi a semet ipso datum unten pp. 52 flg. — Beispiele eines dem Erben vom Vermächtnißnehmer gegebenen Vermächtnisses s. in fr. 49 §§ 4, 5, 7 D. de leg. I.

[4]) Wie besonders Vangerow l. c. construirt.

[5]) Also ein fideicommissum liberationis: fr. 1 pr. fr. 8 pr. fr. 24 D. de lib. leg. 34,3. fr. 39 § 2 D. de leg. I.

nehmen, die Erbschaft restituiren. Hierin liegt zweierlei. Einmal, daß bei Anordnung der Zuwendungen des Fideicommissars gar nicht gedacht wird. Allein dies würde eine Onerirung desselben noch nicht unbedingt ausschließen.[6]) Sodann aber, und dies ist das Wesentliche, wird man zugeben müssen, daß, von den Consequenzen einmal abgesehen, eine unbefangene Auslegung der erblasserischen Worte hier doch wirklich nicht zu der Annahme gelangen kann, der Erblasser habe die zugewendeten Objecte erst dem Fideicommissar geben und dann dem Fiduziar zurückgeben, er habe mit ihnen den Fideicommissar erst honoriren und dann wieder oneriren wollen. Vielmehr kann eine ungekünstelte Auffassung der Anordnungsworte gewiß nur dahin führen, daß der Erblasser den Fideicommissar lediglich beschränkt honorirt habe. Und will man einmal diesen Zuwendungen einen in diesem Puncte analogen Fall zur Seite stellen, so ist das nicht der, wo der Erblasser dem Erben zurückgibt, womit er ihn vorher onerirte,[7]) sondern beispielsweise der, wo er dem Erben ein legatum domus et omnium rerum, quae in hac domo sunt, excepto argento[8]) auferlegte. So wenig man nun in diesem Fall zu der Meinung kommen wird, dem Legatar, dem doch auch zunächst omnes res, quae in domo sunt, legirt wurden, sei ein Rückfideicommiß bezüglich des argentum exceptum auferlegt worden: ebensowenig wird man sagen dürfen, daß der Fideicommissar, dem deducta summa, retenta oder praecepta re vel summa die hereditas restituirt werden soll, mit einem Rückfideicommiß bezüglich dieser res vel summa onerirt worden sei.

So bleibt also, will man nicht auf eine der Willensrichtung des Erblassers widerstrebende und darum unwahre Construction hinauskommen, Nichts übrig, als in diesem Punct von der gewöhnlichen Meinung abzuweichen. Der Satz aber, welcher die entstehende Lücke ausfüllen soll, ist dieser: Die Zuwendungen, welche in den Worten deducta summa, retenta oder praecepta re vel summa angeordnet werden, sind Vermächtnisse, bei welchen Honorirung und Onerirung nicht, wie die Regel ist, auf zwei Personen sich vertheilen, sondern ausnahmsweise in der einen Person des Fiduziars zusammentreffen.

---

[6]) Vgl. fr. 77. fr. 108 §§ 13, 14 D. de leg. I.

[7]) Wie, wenigstens im Enderfolg, im fr. 49 §§ 4, 5, 7 de leg. I. cit.

[8]) fr. 32 § 2 D. de usu et usufr. et reditu leg. 33,2; vgl. fr. 14 D. de suppell. leg. 33,10. fr. 41 § 4. fr. 72 D. de leg. I.

Zur Begründung dieses Satzes muß Einiges aus der Lehre vom Praelegat — nur scheinbar Fernliegendes — zu Hülfe genommen werden.

Wenn einem von mehreren Miterben ein Praelegat gegeben wurde, so ist, wie bekannt, der auf den Erbtheil des Honorirten entfallende Theil des Praelegates, wenn der Honorirte Erbe wird, nach dem Satz „heredi a semet ipso inutiliter legatur" ungültig. Der Honorirte besitzt, wenn er Erbe geworden ist, diesen Theil des Praelegates nicht iure legati, sondern iure hereditario.[9]) Gültig dagegen wird das Praelegat auch zu diesem Theil, wenn der Honorirte die Erbschaft ausschlägt. Dies sagt die cst. 12 C. de leg. 6,37 [10]):

Gordianus.

„Cum responso viri prudentissimi Papiniani, quod precibus insertum est, praeceptionis legatum et omissa parte hereditatis vindicari posse declaretur: intelligis desiderio tuo iuxta iuris formam esse consultum. Verba vero respons haec sunt: Filiae mater praedium ita legavit: PRAECIPITO SUMITO EXTRA PARTEM HEREDITATIS. Cum hereditati matris filia renuntiasset, nihilo minus eam recte legatum vindicare visum est."

Ungültig aber ist endlich wieder jener Praelegatentheil dann, wenn der Honorirte zwar nicht antritt, aber auch nicht ausschlägt, sondern, ohne sich auf die Delation erklärt zu haben, verstirbt. Dies spricht ebenfalls Papinian aus in dem bekannten fr. 75 § 1 D. de leg. II.:

„Pro parte heres institutus, cui praeceptiones erant relictae, post diem legatorum cedentem, ante aditam hereditatem vita decessit. Partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit. Praeceptionum autem portiones, quae pro parte coheredum constiterunt, ad heredes eius transmitti."

Auf den Streit, welcher sich bekanntlich an diese Divergenz des fr. 75 und der vorher citirten Stellen anknüpft, des Näheren einzugehen, ist hier nicht der Ort. Die zutreffendste Vereinigung beider Sätze aber scheint

---

[9]) fr. 18. fr. 84 § 11. fr. 116 § 1 D. de leg. I. fr. 18 § 2 D. de his, quae ut ind. 34,9 (s. pp. 50 flg.)

[10]) S. auch fr. 87. fr. 17 § 2. fr. 18 D. de leg. I.; vgl. fr. 88, 89, 90 eod.

in unmittelbarem Anschluß an das, was neuerdings Kretschmar darüber ausgeführt hat,[11]) in folgender Argumentation gefunden werden zu müssen.

Das Praelegat ist zu dem auf den Erbtheil des Honorirten entfallenden Theil allerdings nach dem obigen Rechtssatz ungültig. Ungültig aber nur, wie Kretschmar es bezeichnet, primär, d. h. insoweit der Praelegatar selbst zu diesem Theil als Onerirter gesetzt und gedacht ist. Gültig dagegen ist auch dieser Theil des Praelegates secundär, d. h. insoweit neben und hinter dem Praelegatar selbst dessen Miterben als onerirt gedacht sind. Diese secundäre Gültigkeit steht nämlich unter der vom Erblasser implicite gesetzten Bedingung, daß der Praelegatar nicht Erbe werde. Diese Bedingung aber ist nicht eine einfach negative, sondere eine conträre Negativbedingung, zwischen welchen beiden Begriffen ein wesentlicher und folgenreicher Unterschied besteht.

Die einfache Negativbedingung „si heres non erit" würde nämlich nur diesen Inhalt haben: Wenn es feststeht, daß der honorirte Delat nicht Erbe sein wird. Dies steht aber, abgesehen von einer ausdrücklichen Ausschlagung der Erbschaft, wenn der Delat ohne Erklärung über dieselbe verstirbt, jedenfalls schon in, nicht erst nach, dem letzten Lebensmoment des Delaten fest, damit eben, daß er den letztem Athemzug verhaucht, ohne die Erbschaft angetreten zu haben. Daher wird diese einfache Negativbedingung „si heres non erit" noch bei Lebzeiten des Honorirten existent und deshalb transferirt der Erbe das ihm von seinem Miterben unter der, hier stets einfach negativen Bedingung „si heres non erit" gegebene Vermächtniß, wenn er ohne Erklärung über die Erbschaft verstirbt, auf seine Erben, wie dies beweist das fr. 31 D. quando dies leg. 36,2: [12])

Scaevola.

„Uxori ex parte sextante heredi institutae substituit et heredum fidei commisit, si uxor heres non erit, dotem ei et alia quaedam dari. Post mortem mariti uxor ante condicionem et priusquam adeat hereditatem decessit. Quaesitum est, an dies fideicommissi, cum moritur, cessisse videatur ideoque heredibus eius debeatur. Respondi, si uxor

---

[11]) Die Natur des Praelegates §§ 13 flg., bes. § 18.

[12]) Vgl. fr. 104 § 6 D. de leg. I fr. 28 D. de condic. inst. 28,7.

prius decessit, quam hereditatem adiret, videri diem fideicommissi cessisse."

Allerdings ist hier, so scheint es wenigstens, außer der Fideicommißbedingung „si uxor heres non erit" auch der Erbeseinsetzung irgend eine, nicht referirte, Bedingung [18]) beigefügt worden („ante condicionem et"), vor deren Eintritt die uxor verstarb; aber es wird, obwohl dies doch hiernach an sich selbstverständlich ist, noch ausdrücklich hervorgehoben und damit als etwas Wesentliches bezeichnet „et priusquam adeat hereditatem" und in dem responsum selbst wird Alles nur davon abhängig gemacht „si uxor prius decessit, quam hereditatem adiret", so daß also der hier allein interessirende Fall, wo zwar die Bedingung der Erbeseinsetzung, nicht aber — bis zum ultimus spiritus der uxor — die Fideicommißbedingung eingetreten war, jedenfalls mitentschieden wird.

Dem Obigen gegenüber hat nun aber die conträre Negativbedingung „si heres non erit" — oder eigentlich richtiger „si non heres erit" — diesen Inhalt: Wenn es feststeht, daß der honorirte Delat, wie man sagen könnte, ein Nichterbe sein wird, oder, daß er nicht Erbe sein kann. Auch diese Bedingung wird zwar in gleicher Weise existent dann, wenn der Delat die Erbschaft ausschlägt, sie defizirt ebenso, wie die einfache, wenn er antritt. Verstirbt dagegen der Delat ohne Erklärung auf die Delation, dann wird diese conträre Negativbedingung erst nach, nicht schon in, seinem letzten Lebenshauch existent. Denn noch in ultimo spiritu konnte der Delat antreten: wenn auch die Thatsache des Antrittes ausblieb, so war doch die Möglichkeit des Antrittes noch nicht ausgeschlossen.

Nach dieser Unterscheidung und wenn man jene stillschweigende Bedingung, daß der Praelegatar nicht Erbe werde, als eine solche conträre

[18]) Dabei kann Scaecola nur eine positive Bedingung voraussetzen, z. B. „si Titius capitolium ascenderit, uxor heres esto"; denn nur von ihr ist es richtig, daß, wenn sie bis zum Moment des Todes der uxor nicht eintrat, diese „ante condicionem" versterbe. Dagegen tritt die negative Bedingung „si Titius capitolium non ascenderit," wenn nicht vorher, als einfache Negativbedingung jedenfalls in ultimo spiritu uxoris ein, so daß diese also hier stets post condicionem, als Delatin, versterben wird. Ob aber ante oder post condicionem, ist im Endergebniß hier einerlei, in beiden Fällen wird die Fideicommißbedingung existent, wenn nur die uxor stirbt, priusquam adeat hereditatem: worauf auch allein Scaevola mit Recht es in seiner Entscheidung ankommen läßt.

Negativbedingung auffaßt, erklärt es sich nun vollkommen, warum der primär ungültige Praelegatentheil im Fall der cst. 12 gültig wurde, im Fall des fr. 75 § 1 dagegen ungültig bleibt. Denn dort war diese conträre Negativbedingung, durch die Ausschlagung der Erbschaft, noch bei Lebzeiten, hier dagegen, durch Eintritt der Unmöglichkeit Erbe zu werden, erst nach dem Tode des Honorirten existent geworden, dort also der dies legati wirksam, hier unwirksam cedirt.

Aber es bedarf noch der Begründung, warum denn jene Bedingung als eine solche conträre und nicht als eine einfache Negativbedingung aufzufassen sei. Dies erhellt hieraus: Wenn der Erblasser dem Miterben ein Praelegat gibt, so hat er dabei bezüglich der Realisirung des auf den Erbtheil des Praelegatars entfallenden Theils des Praelegates zwei Möglichkeiten im Auge: die eine, daß der Honorirte diesen Theil des Praelegates von sich selber, die andere, daß er auch ihn von seinen Miterben erhält. Auf die erste dieser Alternativen ist nun, um den Ausdruck beizubehalten, die primäre Absicht des Erblassers gerichtet, d. h. in erster Linie soll — durch die in erster Linie gewollte Erbschaftsantretung des Honorirten — sie, die zweite soll erst in zweiter Linie, secundär und subsidiär, d. i. erst dann eintreten, wenn jene erstere unmöglich geworden ist, d. i. eben, nur mit anderen Worten, wenn es feststeht, daß der honorirte Delat nicht Erbe sein kann.

Ganz anders liegt dies in dem Fall des fr. 31 cit.[14]) Auch dort zwar setzte der Erblasser den Honorirten zum Erben ein und gab ihm erst dann unter der Bedingung „si heres non erit" das Vermächtniß. Aber diese beiden Anordnungen stehen doch durchaus nicht in dem Verhältniß einer primären zu einer secundären. Denn man kann hier gewiß nicht sagen, daß der Erblasser in erster Linie die Erbschaftsantretung des Honorirten und erst in zweiter Linie den Erwerb des Vermächtnisses wünsche. Vielleicht setzte er gerade umgekehrt den Honorirten nur aus gewissen Rücksichten zum Erben ein und sucht ihn nun durch Anbietung des Vermächtnisses unter der Bedingung „si heres non erit" zum Verzicht auf die Erbschaft zu bestimmen. Aber auch abgesehen von derartigen bestimmten Intentionen des Erblassers, keinesfalls kann man sagen, daß der Einsetzungswille irgendwie vorwiege da, wo der Erblasser dem Delaten, indem er

---

[14]) Der Fall wird im Folgenden seiner unwesentlichen Besonderheiten entkleidet, namentlich wird von jener condicio die Erbeseinsetzung abgesehen.

ihm ein Vermächtniß statt nicht, wie, beim Praelegat, neben der Erbschaft anbietet, den Verzicht auf die letztere noch besonders leicht macht. Und deßhalb eben soll nach der Absicht des Erblassers der zweite Wille ganz gewiß nicht erst dann verwirklicht werden, wenn der erste gar nicht mehr verwirklicht werden kann, sondern einfach schon dann, wenn derselbe nicht verwirklicht wird, d. i. „wenn es feststeht, daß der honorirte Delat nicht Erbe sein wird." Daher ist die Bedingung „si heres non erit" hier eine einfach negative.

Diese Vergleichung und Vereinigung der oben gegenübergesetzten Stellen, zu deren näherer Begründung übrigens noch ausdrücklich auf das von Kretschmar l. c. Ausgeführte zu verweisen ist, liefert nun dies Ergebniß, daß jener primär ungültige Praelegatentheil, d. i. also das dem Erben von sich selbst gegebene Vermächtniß, nicht etwas absolut ungültig Verliehenes ist, daß er vielmehr unter Umständen gültig wird: dies aber nicht schon dann, wenn der Honorirte nur nicht Erbe wird, sondern erst dann, wenn er, einen conträren Gegensatz zum Erben, dem Delaten, welcher angetreten hat, bildend, die Erbschaft ausgeschlagen hat und dadurch ein Nichterbe geworden ist. Dies ist der Gegensatz der cst. 12 und der ihr verwandten Stellen zum fr. 75 § 1.

Aber diese letztere Stelle findet noch einen anderen, weiter gehenden, bisher jedoch, wie es scheint, weniger beachteten Gegensatz in dem fr. 18 § 2 D. de his, quae ut indign. 34,9:[15])

Papinianus.

„Pro parte heres institutus praedii legatum acceperat et in hereditate non capienti restituendi tacitum ministerium susceperat. Quamquam legatum pro ipsius parte non constitisset ideoque portionem istam pro herede possideret: tamen ei praedium integrum esse relinquendum respondi. Neque enim rationem iuris ac possessionis varietatem inducere divisionem voluntatis."

Dem coheres indignus ist ein Praelegat gegeben. Die Erbschaft wird eripirt, aber das Praelegat bleibt dem indignus zu allen Theilen erhalten.

Auch hier also wird das dem Erben von sich selbst gegebene Ver-

---

[15]) S. auch fr. 12 eod. — Vgl. übrigens fr. 15 § 1 D. ad Sc. Silan. 29,5.

mächtniß gültig (consistit), obwohl es ungültig gewesen (non constitisset"), wenn nämlich der honorirte heres nicht ein indignus war. Gültig aber wird dies Vermächtniß doch unter ganz andern Umständen, wie das der cst. 12.

Denn dort erklärt sich das Consistiren einfacher. Indem statt der primären jene secundäre Absicht des Erblassers verwirklicht wurde, trat damit diejenige Alternative ein, für welche das Vermächtniß nicht heredi a semet ipso, für die es weder dem Erben, noch dem Honorirten von sich selbst, sondern dem extraneus vom Erben gegeben war.[16])

Hier dagegen ist gerade jener primäre Wille des Erblassers durch die Antretung des coheres indignus schon zur Existenz gekommen, damit aber ist bereits der fragliche Praelegatentheil nach der obigen Rechtsregel, so möchte man wenigstens annehmen (s. hierüber unten pp. 63, 64 bei der Erörterung über die cessio diei), ungültig geworden. Trotzdem nun soll das Vermächtniß auch zu diesem Theil gültig sein, wenn der Erbe durch die Exeption — auch hier einen conträren Gegensatz zum wirklichen Erben bildend — quoad effectum aufhört, Erbe zu sein. Hierin liegt aber doch eine größere Auffälligkeit, als in der Entscheidung der cst. 12. Denn während dort, wie gezeigt, durch den Ausfall der ersten und den Eintritt jener zweiten Alternative die beiden Elemente der Honorirung und Onerirung von vornherein sich in voller Wirklichkeit, nicht allein quoad effectum, sondern auch quoad rationem iuris, auf zwei Personen, den Exbelaten und den Miterben, vertheilten: sind beide Elemente hier nicht allein durch den Eintritt der ersten Alternative, d. i. die Antretung des coheres indignus, in dessen einziger Person zusammengetroffen, sondern sie bleiben auch nach der Exeption, wenigstens quoad rationem iuris, in seiner Person, der die Erbenqualitaet unauslöschlich anhaftet[17]), vereinigt; und davon, daß etwa, auch hier in zweiter Linie, der Fiscus insoweit vom Erblasser onerirt worden sei, kann gewiß nicht die Rede sein.[18])

---

[16]) Vgl. insbes. fr. 18 D. de leg. I.: Quamvis a semet ipso inutiliter ei legatum fuisset".

[17]) fr. 43 § 3 D. de vulg. et pup. subst. 28,6.

[18]) Wie dies ja bei den verwandten bona vacantia möglich ist: fr. 114 § 2 D. de leg. I. — Vgl. auch fr. 8 und insbes. fr. 18 § 1 D. de his quae ut ind. 34,9, woraus noch namentlich hervorgeht, daß gewiß nicht etwa eine billige Rücksichtnahme auf Bewahrung des indignus vor Schaden (wie z. B. in fr. 87, 88, 89, 90 D. de leg. I., über welche unten Anm. 28 p. 62 zu vergleichen) die Gültigkeit des a semet ipso ge-

Das Auffallende beider und insbesondere des letzten Falles liegt nun offenbar, wie auch im Bisherigen bereits mehrfach angedeutet, in ihrem Verhältniß zu der mehrgedachten Rechtsregel „heredi a semet ipso inutiliter legatur". In beiden Fällen, so sehr sie auch in ihrer weiteren Entwickelung auseinandergehen, ist dem Erben, in dem auf seinen Erbtheil entfallenden Praelegatentheil, ein Vermächtniß a semet ipso gegeben: und dies Vermächtniß wird in beiden Fällen gültig, obwohl man doch nach jener Regel das Gegentheil anzunehmen geneigt wäre. Allein diese Regel muß nur richtig aufgefaßt werden, dann hebt sich auch dieser scheinbare Widerspruch.

Die Rechtsregel, daß das dem Erben von sich selbst gegebene Vermächtniß ungültig sei, findet sich bekanntlich nicht nur in den obigen,[19]) sondern auch noch mit anderen Ausdrücken dahin ausgesprochen, entweder, daß nicht so legirt werden könne,[20]) oder, daß ein derartiges Vermächtniß nicht bestehe, nicht consistire.[21]) Mit Absicht jedoch wurde die obige Fassung vorangestellt.

Wenn nämlich jene anderen Sätze nur einfach das einmal feststehende Resultat, die Ungültigkeit des Vermächtnisses, aussprechen, so enthält die oben vorangestellte Fassung der Regel etwas mehr, insofern, als sie den Grund dieser Ungültigkeit, zwar nicht unmittelbar ausspricht, aber doch zu seiner Auffindung bestimmt genug anleitet. Es wird gesagt, ein dem Erben von sich selbst gegebenes Vermächtniß sei ein inutile, d. i. nutzlos, wirkungslos. Dies könnte nun freilich auch soviel bedeuten sollen, das Vermächtniß sei deshalb wirkungslos, weil es, nach jenen anderen Sätzen, für nicht gegeben angesehen werde, nicht consistire: so daß also dieser Satz jene anderen zu seiner Voraussetzung hätte. Indessen liegt es doch näher, von einer solchen ergänzenden Heranziehung der anderen Sätze abzusehen und dem hier vorangestellten die gleiche selbstständige Bedeutung beizumessen, wie ihnen. Danach wäre dann der Grund der Ungültigkeit, ganz selbstständig, in etwas Anderem zu suchen.

---

gebenen Vermächtnisses herbeiführte, sondern eben nur die unabweisbare ratio iuris, wie sie im Texte dargelegt wird.

[19]) fragm. Vat. 87. fr. 18 D. de leg. I. fr. 34 § 11 eod. fr. 34 § 1 D. de leg. II.

[20]) Ulp. fragm. XXIV, 22. fr. 116 § 1 D. de leg. I.

[21]) fr. 40 pr. D. de leg. III. fr. 18 D. de leg. praest. 37,5. fr. 15 D. de his, quae ut ind. 34,9. fr. 18 § 2 eod. p. 50 cit. vgl. fr. 75 § 1 D. de leg. II. p. 46 cit. —

Nun ist der Begriff der Wirkungslosigkeit an sich selbst gewiß nur ein rein thatsächlicher: es wird mit der Regel „heredi a semet ipso inutiliter legatur“ nicht etwa gesagt, daß der Erblasser gegen irgend einen positiven Rechtssatz oder ein rechtliches Prinzip verstoße, sondern nur, daß seine Anordnung keinen Erfolg haben werde. Dies weist darauf hin, daß, in Ermangelung irgend einer Andeutung für das Vorhandensein eines Rechtsgrundes, auch der Grund dieser Wirkungslosigkeit und damit zugleich der Grund ihrer Folge, der Ungültigkeit des heredi a semet ipso gegebenen Vermächtnisses, lediglich ein thatsächlicher, daß derselbe allein in den gegebenen thatsächlichen Voraussetzungen einer solchen Vermächtnißverleihung zu suchen sei. Sieht man aber einmal auf diese thatsächlichen Voraussetzungen, so ergibt sich alsbald, daß mit ihnen die Vermächtnißverleihung allerdings in einem offenbaren Mißverhältniß steht: und zwar deshalb, weil durch sie Etwas noch einmal angeordnet ist, was bereits angeordnet wurde, weil sie also etwas Ueberflüssiges darstellt.[22])

Wenn nämlich der Erblasser dem Erben ein Vermächtniß von sich selbst gibt, so gibt er ihm damit das Recht, dasjenige noch einmal zu erhalten und inne zu haben, was der Erbe bereits durch die Erbschaftsan-

---

[22]) Für den rein thatsächlichen Begriff der Inutilität (Wirkungslosigkeit) und ihren rein thatsächlichen Grund (Ueberflüssigkeit) vergl. auch die Erörterungen der römischen Juristen über die Utilität des legatum debiti und liberationis, insbes. in fr. 11 D. de liber. leg. 34,3. fr. 13, 14, 25 eod. fr. 28, 29 D. de leg. I. fr. 1 § 10 D. ad leg. Falc. 35,2. fr. 5 eod. § 14 J. de legat. 2,20. fr. 82 pr. D. de leg. II., vgl. cst. 1 C. commun. de leg. 6,43. — Ferner möge noch wenigstens ein kurzer Hinweis gestattet sein auf eine nahe verwandte Frage. Jener Form des obigen Rechtssatzes: „Legatum heredi a semet ipso datum consistere non potest“ analog gefaßt findet sich im fr. 45 D. R. J. 50,17 der Satz: „Neque pignus neque . . . rei suae consistere potest“. Die bekannte Streitfrage, inwieweit trotz dieses Satzes das Pfandrecht an eigner Sache rechtliche Wirkungen äußern könne, dürfte von der Grundlage aus zu entscheiden sein, daß auch seine Ungültigkeit ihren Grund findet lediglich in der Ueberflüssigkeit eines speziellen Rechtes an der Sache, an welcher gleichzeitig das umfassende Eigenthumsrecht zusteht. Geht man hiervon aus, so erklärt sich leicht, warum, wie es kurz ausgedrückt werden kann, die Ungültigkeit des Pfandrechts an eigner Sache nur soweit reicht, als Eigenthum und Pfandrecht sich ihrem Inhalt nach decken: denn nur insoweit eben liegt jene die Gültigkeit allein hindernde Ueberflüssigkeit vor. S. insbes. fr. 30 § 1 D. de exc. rei. iud. 44, 2 (darüber Arndts Pand. § 389 Anm. 2, namentlich die Schlußbemerkung). cst. 1. C. si antiquior cred. 8,20. fr. 19 D. Qui potior. 20,4. fr. 17 eod. cst. 3 C. de his, qui in prior. creditor 8,19. fr. 3 § 1 D. de distr. pign. 20,5.

tretung erhalten und inne hat; er verleiht ihm also dasjenige noch einmal, was er ihm schon durch die Erbeseinsetzung verlieh. So concurriren zwei Verleihungen in einem und demselben Object,[23]) von denen eine nothwendigermaßen überflüssig ist. Die überflüssige Verleihung aber kann allein die des Vermächtnisses sein, weil, auch abgesehen von der formalen Vorschrift des älteren Rechts,[24]) wonach die heredis institutio stets der Vermächtnißverleihung vorausgehen mußte, die Wirksamkeit der letzteren, bei der Identität des Honorirten und des onerirten Erben, wenn sie überhaupt denkbar, jedenfalls durch vorausgehende Erbschaftsantretung des Honorirten bedingt wäre. Wenn nun so die Verleihung des Vermächtnisses etwas Ueberflüssiges ist, so ist das Vermächtniß eben deshalb wirkungslos (inutile) und, weil wirkungslos, ungültig (non datum, non consistit).

Wird aber hiernach die Ungültigkeit des heredi a semet ipso gegebenen Vermächtnisses lediglich durch die thatsächlichen Voraussetzungen seiner Anordnung herbeigeführt, so ist sie auch, wie nunmehr behauptet werden muß, von diesen abhängig, d. h., wenn in concreto Fälle vorkommen sollten, in denen jene thatsächlichen Voraussetzungen nicht vorliegen, in welchen die Vermächtnißverleihung sich nicht als etwas Ueberflüssiges darstellt, so fallen mit den Voraussetzungen auch ihre Folgen, die Wirkungslosigkeit und Ungültigkeit des Vermächtnisses fort; und jener Rechtssatz hat dann nur die Bedeutung einer, aus der gewöhnlichen thatsächlichen Gestaltung abstrahirten Regel, welche Ausnahmen in concreto nicht ausschließt und nicht ausschließen will.

---

[23]) Dies gilt auch von anderen Objecten, als Erbschaftssachen, z. B. von einem legatum nominis oder liberationis. Denn das nomen und die liberatio wurden dem honorirten Erben bereits durch die Erbeseinsetzung verliehen. — Aus dem Vermächtniß einer wissentlich fremden Sache entstehen für den Onerirten genau genommen zwei obligationes (Verbindlichkeiten). Eine obligatio faciendi — sie hat zum Object den (käuflichen) Erwerb der Sache, zu welchem dem Onerirten die Mittel durch die Erbschaft gegeben werden, also aus erbschaftlichen Mitteln. Und eine obligatio dandi — sie hat zum Object die erworbene, nun herauszugebende Sache selbst. Das nächste Object des Vermächtnisses ist also jenes facere. Wurde nun der Erbe selbst mit diesem facere honorirt, so ist auch dies überflüssig, weil er dazu, d. i. also zu einem Erwerb aus erbschaftlichen Mitteln, bereits durch die Erbeseinsetzung, man kann zwar nicht sagen, berechtigt, aber doch in Stand gesetzt wurde. — In ähnlicher Weise ergibt sich die Ueberflüssigkeit der Vermächtnißverleihung auch für alle anderen etwaigen Objecte.

[24]) Ulp. fragm. XXIV, 15.

Derartige Fälle aber kommen in der That vor. Und vor Allem erscheinen als solche die oben besprochenen Fälle der cst. 12 und des fr. 18 § 2: sie gerade bilden Ausnahmen von jener Regel dahin, daß bei ihnen die Vermächtnißverleihung heredi a semet ipso sich als eine nicht überflüssige darstellt, in denen deshalb das Vermächtniß wirksam und gültig wird. Denn in beiden Fällen war jene primäre, das Vermächtniß allein wirkungslos machende Absicht des Erblassers, die Erbeseinsetzung, dort gar nicht, hier in einer den Keim der Vernichtung in sich tragenden Weise verwirklicht worden. Und wenn nun jene erste, die zweite Verleihung durch das Vermächtniß allein überflüssig, wirkungslos und ungültig machende Verleihung fortfiel — aber sie mußte eben fortfallen, es genügte nicht, daß sie nicht eintrat (die conträre Negativbedingung) —, bezw. demnächst wieder fortfallen mußte, so erhob sich nunmehr die zweite Verleihung als eine nicht überflüssige, unwirksame und ungültige, sondern als eine inhaltvolle, wirksame und gültige. Denn das überflüssige haben Dürfen dessen, was schon durch jene erste Verleihung erhalten werden sollte, verwandelte sich dort, wo es zu diesem Erhalten gar nicht kam, in ein Recht auf Erhalten, hier, wo das Haben auf Grund der ersten Verleihung demnächst wieder fortfallen mußte, in ein Recht auf Behalten des vermachten Objectes, zwei Rechte, die keinen selbstverständlichen, sondern einen selbstständigen Inhalt haben, deren Verleihung durch das Vermächtniß eine Ueberflüssigkeit durchaus nicht enthielt. Sie war vielmehr für diese Eventualität ein utile, wie sich dies für den Fall des fr. 18 § 2 noch ausdrücklich ergeben mag aus fr. 3 § 4 D. de iure fisci 49,14:

> Callistratus.
>
> „Cum ex caussa taciti fideicommissi bona ad fiscum pertinent: omnia, quae in testamento utiliter data sunt, valent. Et ita divus Pius rescripsit.“ [25])

---

[25]) Zu dem oben p. 50 citirten fr. 18 § 2 möge hier noch Folgendes bemerkt werden: In den Worten „ideoque portionem istam pro herede possideret“ redet Papinian davon, wie es sein würde, wenn keine Exeption stattfände, und will sagen, daß der Praelegatar dann den auf seinen Erbtheil entfallenden Theil des Praelegates pro herede, iure hereditario besitzen würde. Durch die Exeption fällt dieser Besitztitel vollständig zusammen, und zwar, wie noch unten auszuführen (s. p. 64), ex tunc, nicht nur ex nunc. Das Wegfallen dieses Besitztitels deutet ja auch Papinian selbst mit genügender Bestimmtheit an, wenn er sagt: „Obwohl das Legat zum eignen Erbtheil nicht

Diesen beiden Ausnahmefällen reihen sich nun aber als weitere an die Fälle jener dem Universalfiduziar gegebenen Zuwendungen, von welchen oben ausgegangen wurde.

Daß und warum diese Zuwendungen als Vermächtnisse anzusehen seien, daß und warum aber bei ihnen nicht der Fideicommissar als Onerirter gesetzt werden dürfe, wurde bereits oben dargelegt. Und im Anschluß daran wurde der Satz aufgestellt, die Zuwendungen seien Vermächtnisse, bei denen Honorirung und Onerirung nicht, wie die Regel, auf zwei Personen sich vertheilten, sondern ausnahmsweise in der einen Person des Fiduziars zusammenträfen.

Dieser Satz bedarf zunächst einer Erläuterung. Denn es hat offenbar etwas Auffälliges, zu sagen, der Fiduziar sei damit onerirt, Etwas sich selbst zu geben oder doch für sich zu behalten; es könnte dies dahin verstanden werden, als ob der Fiduziar die Zuwendungen behalten solle, während doch der Erblasser natürlich nur bestimmen will, daß er sie behalten dürfe. [26]) Allein, wenn dies auch anzuerkennen, so kann man

---

bestanden haben würde" („non constitisset") — scil. ohne die Ereption: so daß es also vermöge der Ereption zu diesem Theil gültig wird (s. auch fr. 18 D. de leg. I.) — Die Schlußworte „neque enim rationem iuris ac possessionis varietatem inducere divisionem voluntatis" sind so zu verstehen: Denn die ratio iuris — derzufolge der coheres indignus ja auch nach der Ereption noch Erbe ist (fr. 43 § 3 D. de vulg. et pup. subst. 28,6) und also, nur auf sie gesehen, den fraglichen Praelegatentheil noch iure hereditario fortbesitzen würde — und auch die Verschiedenheit der bisherigen Besitztitel — pro herede zum eignen Erbtheil, pro legato zu den Erbtheilen der Miterben —, also weder aus den Verhältnissen nach noch vor der Ereption hergenommene Gründe, dürfen nicht, in Anwendung des Grundsatzes, daß alles iure hereditario Besessene dem indignus eripirt werden muß, zu einer Zertheilung des praedium praelegatum zwischen indignus und Fiscus führen, das doch nach dem Willen des Erblassers ganz im Besitz des Praelegatars sein soll. Dieser Wille des Erblassers aber, der also allein maßgebend sein soll, ist der im Praelegat niedergelegte Vermächtnißwille, der daher nunmehr, nach Zusammenbruch der ihn partiell hindernden Erbeseinsetzung, vollständig, auch zu dem auf den eigenen Erbtheil des Praelegatars entfallenden Theil des Praelegates zur Durchführung kommt. — Also völlige Uebereinstimmung mit dem im Text Auszuführenden. — Anders Kretschmar l. c. § 4 p. 30, s. auch § 2 pp. 12 flg.

[26]) Genauer: Die Meinung des Erblassers ist regelmäßig die: der Erbe soll die Zuwendung behalten dürfen. Oft jedoch, wenn nämlich die Zuwendung weniger gegeben wurde, um den Erben zu bedenken, als, um nur den Quartabzug zu vermeiden, wird die Meinung des Erblassers auch die sein: der Erbe mag die Zuwendung behalten dürfen. Und deshalb sagen Ulpian und Celsus im fr. 5 § 15 D. de don. inter vir. et uxor. 24,1 von der vollen Restitution der hereditas unter Verzicht auf die praecipienda quan-

gleichwohl in einem gewissen Sinn sagen, der Fiduziar sei mit den Zuwendungen an ihn selbst onerirt. Es erklärt sich dies folgendermaßen:

Jene beiden Elemente eines jeden Vermächtnisses, die Elemente der Berechtigung und Verpflichtung, welche für die Regel auf zwei Personen vertheilt sein müssen, können in einer und derselben Person nicht gesondert einander gegenüberstehen, sie müssen sich vielmehr in derselben in Eins verschmelzen. Bei einer solchen Verschmelzung dieser beiden Begriffen aber praevalirt derjenige, auf welchem der Nachdruck liegt. Also z. B., vom Vermächtniß einmal abzusehen, bei dem erblasserischen Veräußerungs verbot der Begriff der Verpflichtung. Die Verschmelzung des haben Dürfens (ius hereditarium) und behalten Sollens (modus) ergibt daher ein Sollen, ein behalten Sollen. Beim Vermächtniß dagegen liegt der Nachdruck unzweifelhaft auf der gegebenen Berechtigung, die Verpflichtung wird nur folgeweise erzeugt (Verbot des legatum poenae nomine relictum). Daher ergibt hier die Verschmelzung des geben Sollens (Onerirung) und empfangen Dürfens (Honorirung) — z. B. ein legatum per vindicationem heredi a semet ipso datum, nicht so undenkbar, wie per damnationem —, bezw. des nehmen Dürfens (Honorirung) und dulden Sollens (Onerirung) — legatum per praeceptionem heredi a semet ipso datum (unten im § 9), sinendi modo undenkbar — ein Dürfen, und zwar zunächst ein haben Dürfen: welches haben Dürfen aber nach dem, was oben zur Regel „heredi a semet ipso" u. s. w. ausgeführt wurde, wenn durch die Erbschafsantretung schon einmal entstanden, nur dann etwas wirksam und gültig Verliehenes ist, wenn es sich durch Zusammenfallen jener ersten Verleihung, der Erbeseinsetzung, verwandelt in ein behalten Dürfen. Das thatsächliche Endergebniß einer correspectiven Honorirung und Onerirung einer und derselben Person ist daher allerdings ein Dürfen, ein Honoriren, aber ein Honoriren, welches, nach seiner Entstehung betrachtet, die beiden Elemente der Honorirung und Onerirung in sich verschmilzt.

Das Gesagte gilt nun vor Allem, wie sich dies schon aus dem oben

---

titas mit Recht: „Nec immerito saepe credimus, aliquid defunctum voluisse et tamen non rogasse." Ulpian fügt hinzu: „Quae sententia habet rationem magis in eo, qui non erat deducta quarta rogatus restituere et tamen integram fidem praestitit omisso senatus consulti commodo: hic enim vere fidem exsolvit voluntatem testatoris obsecutus." Hier kann zwar der Erbe die Quart einbehalten, aber nur kraft des Gesetzes: nach der Meinung des Erblassers soll er es weder, noch soll er es mögen.

(p. 55) dazu Bemerkten ergibt, von dem Fall des fr. 18 § 2. Es folgt aber jetzt als Endresultat aus dieser Stelle die wichtige Thatsache, daß das Praelegat zum eignen Erbtheil des Honorirten, d. i. also das heredi a semet ipso gegebene Vermächtniß, nicht allein, wie die cst. 12 lehrte, in jenem zweiten, secundären Grade gültig wird, für welchen die Miterben mit demselben onerirt wurden, daß es vielmehr auch im primären Grad gültig werden kann: zwar nicht, insoweit, wie es oben (p. 47) ausgedrückt wurde, der Honorirte selbst als Onerirter gesetzt und gedacht ist, aber, obwohl er auch hier als Onerirter gesetzt ist, wenn nur, wie beim coheres indignus des fr. 18 § 2, dem thatsächlichen Erfolg nach die Belastung vom Honorirten auf einen Dritten — den Fiscus — sich abschiebt. Denn nur darauf kommt es an, daß die gleichzeitige Honorirung und Onerirung einer und derselben Person thatsächlich etwas nicht Ueberflüssiges enthalte, daß sie einen thatsächlichen Erfolg haben könne, oder, nur mit anderen Worten, daß die Vermächtnißbedingung „si non heres erit“ existent, daß der Honorirte ein Nichterbe werde, für den eben dann die Vermächtnißverleihung nicht mehr etwas Ueberflüssiges, sondern Bedeutsames enthält. Zum Nichterben aber wird der Honorirte nicht allein durch die Ausschlagung (cst. 12), sondern auch durch die Ereption der Erbschaft (fr. 18 § 2): denn wenn ihm auch nach der Ereption das leere nomen heredis noch immer verbleibt, so wird ihm doch das Erbenrecht in seiner Gesammtheit entzogen.

Das oben Gesagte gilt jedoch nun gleicherweise von jenen dem Fiduziar gegebenen Zuwendungen, wenn dieser, die Quart nicht einbehaltend, die hereditas ex Trebelliano restituirt. Denn überhaupt muß sich die Construction dieser Zuwendungen an den Fall des fr. 18 § 2 auf's Engste anlehnen und in ihm ihr Vorbild finden. Das ist aber nichts Willkührliches, sondern in einer tiefgehenden Analogie beider Fälle begründet.

Die Construction des Falles des fr. 18 § 2 darf nach dem, was darüber ausgeführt wurde, kurz als dahin festgestellt gelten, daß, weil die den Keim der Vernichtung in sich tragende Verwirklichung der Erbeseinsetzung des coheres indignus die Vermächtnißverleihung zu dem auf seinen Erbtheil entfallenden Theil des praedium praelegatum nicht vernichtete, sondern nur verdeckte, vermöge der durch die Ereption sich vollziehenden Entwirklichung der Erbeseinsetzung die Vermächtnißverleihung zu diesem Theil zur vollen Durchführung kommen konnte und kam.

Ganz das Gleiche ist nun von jenen Zuwendungen zu sagen. Man setze nur an Stelle des coheres indignus den Fiduziar, an Stelle des Fiscus den Fideicommissar, an Stelle der Ereption die Restitution, an Stelle des praedium praelegatum die Zuwendung: so decken sich beide Fälle vollkommen. Denn zunächst macht die Restitution ex Trebelliano den Fideicommissar quoad effectum zum Erben, ganz in der gleichen Weise, wie die Ereption den Fiscus: während auch jetzt noch, geradeso, wie der coheres indignus nach der Ereption, der Fiduziar quoad rationem iuris Erbe bleibt. Daher entwirklicht die Restitution die bereits verwirklichte Erbeseinsetzung des Fiduziars ganz in der gleichen Weise, wie die Ereption die bereits verwirklichte Erbeseinsetzung des coheres indignus. Und weiter: Setzt man den Fiduziar, und nicht den Fideicommissar, als mit der Zuwendung zu dem auf seinen Erbtheil entfallenden Theil onerirt, geradeso, wie unzweifelhaft nicht der Fiscus, sondern nur der coheres indignus selbst mit dem Praelegat zu dem auf seinen Erbtheil entfallenden Theil onerirt ist (s. auch oben p. 51): so kann auch hier die Verwirklichung der Erbeseinsetzung des Fiduziars die Vermächtnißverleihung zu jenem Theil der Zuwendung nur verdecken, nicht vernichten. Denn auch hier enthält die Vermächtnißverleihung keineswegs etwas Ueberflüssiges: vielmehr schiebt sich, wenn freilich auch hier der Honorirte als Onerirter gesetzt ist, doch dem thatsächlichen Erfolg nach die Belastung, wie dort vom coheres indignus durch die Ereption auf den Fiscus, so hier vom Fiduziar durch die Restitution auf den Fideicommissar ab. Dann aber kann und muß auch vermöge der durch die Restitution sich vollziehenden Entwirklichung der Erbeseinsetzung des Fiduziars die Vermächtnißverleihung zu jenem Theile der Zuwendung ganz in derselben Weise zur vollen Durchführung kommen, wie dies vermöge der durch die Ereption sich vollziehenden Entwirklichung der Erbeseinsetzung des coheres indignus zu dem auf seinen Erbtheil entfallenden Theil des praedium praelegatum geschah.

Damit ist die hier unternommene Construction der Anordnung, daß der Erbe die Erbschaft deducta summa, retenta, praecepta re vel summa restituire, in ihren Grundzügen gegeben. Sie lehnt sich kraft gewiß ebenso wohlbegründeter, als naheliegender Analogie unmittelbar an den Fall des fr. 18 § 2, wie dieser wieder auf gemeinsamer Grundlage ruht mit dem Fall der cst. 12. Alle diese drei Fälle aber bilden Ausnahmen von dem Rechtssatz, daß das dem Erben von sich selbst gegebene Vermächtniß ungültig sei: Ausnahmen jedoch, welche jener Rechtssatz, als eine lediglich

aus den thatsächlichen Voraussetzungen, wie sie gewöhnlich vorliegen, abstrahirte Regel, bei hier veränderten und außergewöhnlichen thatsächlichen Voraussetzungen, nicht ausschließt und nicht ausschließen will.

Im Einzelnen bieten nun die drei Fälle, wenn sie auch auf gemeinsamer Grundlage stehen, doch wieder mannigfache Verschiedenheiten. Eine gedrängte, theilweise recapitulirende, Zusammenstellung dieses Gemeinsamen und Verschiedenen, soweit es noch wesentlich ist, möge, zur weiteren Befestigung und Klarlegung des Ausgeführten, folgen.

Die allen drei Fällen gemeinsame Grundlage der Gültigkeit des Vermächtnisses bildet der Umstand, daß die Vermächtnißverleihung durch das Zusammenfallen der ihr vorgehenden Erbschaftsverleihung ihre Ueberflüssigkeit verlor. Sie verlor diese aber insofern, als ohne die Vermächtnißverleihung das vermachte Object jetzt einem Anderen, als dem Honorirten, zufallen würde, demjenigen, auf welchen, wie es oben ausgedrückt wurde, die Belastung jetzt, wenn auch (im fr. 18 § 2 und bei der Zuwendung des Fiduziars) nur dem thatsächlichen Erfolge nach, sich abschiebt: nämlich in der cst. 12 dem Miterben, im fr. 18 § 2 dem Fiscus, im Fall der dem Fiduziar gegebenen Zuwendungen dem Fideicommissar.

Dem ersten und dritten Fall gemeinsam ist ferner die, für den zweiten nicht geltende, Negative, daß bei ihnen der dies legati nicht, wie die Regel,[27]) schon mit dem Tode des Erblassers cedirt, und ihr Grund, daß nämlich, das Vermächtniß von einer Bedingung, und zwar, wie schon hier hinzuzufügen ist, einer wahren Bedingung abhängig ist, und daher erst der Eintritt dieser Bedingung abgewartet werden muß.[28])

Aber bezüglich dieser Vermächtnißbedingung selbst treten nun, wenigstens im Einzelnen, Verschiedenheiten hervor. Dabei ist auch der zweite Fall mit heranzuziehen.

In den Fällen der cst. 12 und des fr. 18 § 2 ist — und hierin liegt wieder etwas dem ersten und zweiten Fall Gemeinsames — die

---

[27]) Ulp. fragm. XXIV, 31 fr. 5 § 1 D. Quando dies leg. ced. 36,2.

[28]) Ulp. l. c. fr. 5 § 2 D. eod. — Nicht entgegen steht der Schlußsatz des fr. 25 § 1 eod.: „Namque dies legati, cui condicio non adscribitur, quamvis extrinsecus exspectanda sit, cedit (nämlich zur Zeit des Todes des Erblassers). Denn es ist in dieser Stelle von Bedingungen die Rede, welche sich aus der Natur des vermachten Objectes (z. B. partus nondum editus) ergeben, also in Wahrheit „extrinsecus", „von außen her" hinzutreten, nicht aber, wie die im Texte besprochenen, intrinsecus der Vermächtnißanordnung selbst inhäriren.

Gültigkeit des dort gegebenen Praelegates als Vermächtniß, wie oben festgestellt wurde, zu dem auf den Erbtheil des Honorirten entfallenden Theil abhängig von jener conträren Negativbedingung „wenn es feststeht, daß der honorirte Delat nicht Erbe sein kann". Denn als Vermächtniß war dieser Praelegatentheil nur secundär, primär war er als Erbschaftsgegenstand gegeben, als Vermächtniß konnte er deshalb nur dann gültig werden, wenn sich bereits die Verwirklichung, bezw., im fr. 18 § 2, eine unanfechtbare Verwirklichung der primären Absicht des Erblassers als unmöglich herausgestellt hatte. Diese Unmöglichkeit aber kann, — für den Fall der cst. 12 — da mit dem Tode des Erblassers hier umgekehrt die Möglichkeit, Erbe zu sein eintritt, überall erst in einem Zeitpunct nach dem Tode des Erblassers sich herausstellen.

Hiergegen ist die dem Fiduziar gegebene Zuwendung gerade für den Fall gegeben, nicht, daß ein gewisser primärer Wille des Erblassers nicht mehr zur Durchführung gelangen könne, sondern umgekehrt, daß der prinzipale oder eigentlich der alleinige Wille des Erblassers zur Durchführung gelange, daß nämlich der Fiduziar die Erbschaft antrete (und, was lediglich als Folge davon sich darstellt, restituire), also unter der, gleich näher zu qualifizirenden, Bedingung „si heres erit (et postea desinet heres esse)".

Es fragt sich nun aber, in welchem Verhältniß diese letztere Bedingung zu der früheren „si non heres erit" stehe. Beide Bedingungen verhalten sich zu einander, wie die species zum genus. Das beiden Gemeinsame, Generelle, ist, daß der honorirte Delat einen conträren Gegensatz zum Erben, und zwar, wie hinzugefügt werden muß, zum wirklichen (quoad rationem iuris und quoad effectum) Erben bilde, daß er ein Nichterbe, ein non heres werde. Dies aber, und nur dies, enthält die Bedingung, „si non heres erit": während die andere „si heres erit (et postea desinet heres esse)", als species, einen volleren Inhalt hat, insofern sie bestimmt angibt, auf welchem Wege der honorirte Delat ein Nichterbe werden müsse. Der Fiduziar soll eben die Zuwendung nur dann erhalten, wenn er die Erbschaft antritt (und, folgeweise, restituirt) und auf diesem Wege ein Nichterbe wird, nicht auch etwa, wenn er sie ausschlägt.

Dies bewährt sich zunächst gegenüber dem speziellen Fall, wo der Fiduziar Miterben hat, wo sich also der Fall der Zuwendungen, wie z. B. in dem oben (s. § 6 Anm. 17 pp. 35 flg.) erläuterten fr. 60 (58) § 3 h. t., mit dem eines Praelegates oder Praefideicommisses, dem Fall der

cst. 12 und des fr. 18 § 2, combinirt. Hier könnte man nämlich beim ersten Blicke meinen, das Vorvermächtniß sei zu dem auf den Erbtheil des Fiduziars entfallenden Theil doppelt, etwa alternativ, bedingt, nämlich einmal, als Vorvermächtniß „si non heres erit“, und sodann, als „Zuwendung“ „si heres erit (et postea desinet heres esse)“. Indessen auch hier gilt der Satz „species derogat generi“, die letztere spezielle Bedingung absorbirt die erstere generelle. Denn es ist auch hier die Vermächtnißbedingung, zwar nicht zu den übrigen Theilen [29]), wohl aber zu dem auf den Erbtheil des Fiduziars entfallenden Theil, wie gleich noch näher dargelegt werden soll, so speziell gefaßt, daß gerade die Erbschaftsausschlagung als Existenzgrund derselben ausgeschlossen bleibt.

In dem oben Gesagten liegt aber auch die Entscheidung der Frage, wann nun der dies legati cedire. Die allgemeine Antwort ist natürlich die: er cedirt mit dem Eintritt der Bedingung. Aber auch dies gestaltet sich im Einzelnen verschieden.

In dem Fall der cst. 12 cedirt der dies, wenn der Praelegatar, wie er es auch thut, die Erbschaft ausschlägt. Denn nun ist das contrarium der Erbenqualität bei ihm eingetreten, er ist nicht nur nicht Erbe, sondern ein Nichterbe. Die Bedingung des Vermächtnisses ist daher existent geworden.

Im Fall der dem Fiduziar gegebenen Zuwendungen hingegen cedirt der dies des Vermächtnisses nicht mit der Erbschaftsausschlagung. Denn hier ist eben das contrarium der Erbenqualität, welches in allen drei

[29]) Denn diese erhält der Praehonorat auch im Falle der Ausschlagung stets, es müßte denn ein gegentheiliger Wille des Erblassers bestimmt dargethan werden können; wie dies besonders leicht möglich ist in dem Fall der fr. 87, 88, 89, 90 D. de leg. I., aber auch wohl in dem obigen. — Die citirten Stellen sind übrigens, wie hier hervorgehoben werden mag, auch sonst für das im Text Ausgeführte von Interesse. Der Vater macht den hausunterthänigen Sohn zum Miterben und Praelegatar. Der Sohn wird, als suus, Erbe und man sollte meinen, daß damit das Praelegat zu seinem Erbtheil als Vermächtniß ungültig würde. Indessen erhält er — im Zweifel — auch diesen Theil als Vermächtniß, wenn er abstinirt, wenn also — auch hier erst nachträglich und nach vorgängiger Verwirklichung der Erbeseinsetzung — die Vermächtnißverleihung ihre Ueberflüssigkeit verliert. Doch wird dies freilich von Julian im fr. 89 nicht auf die ratio iuris, sondern darauf gestützt, daß der Praetor durch Verleihung des ius abstinendi dem suus — wie durch eine in integrum restitutio — das Recht geben, welches er gehabt, ihn in den Stand setzen wolle, in welchem er gewesen wäre, „si liberum arbitrium adeundae hereditatis habuisset“.

Fällen die Bedingung der Gültigkeit des Vermächtnisses bildet, im Gegensatz zu den beiden anderen so spezialisirt, daß gerade das durch die Erbschaftsausschlagung zu erzeugende contrarium die Bedingung nicht zur Existenz bringen kann. Der Honorirte soll ja zunächst Erbe und dann erst, durch die Restitution, Nichterbe werden, auf dieses contrarium allein ist hier die Bedingung gestellt. Deshalb aber wird durch den Eintritt jenes anderen contrarium nicht nur nicht der dies herbeigeführt, sondern vielmehr das Vermächtniß selbst vernichtet. Denn durch die Erbschaftsausschlagung wird der Eintritt dieser spezialisirten Bedingung — vorgängige Verwirklichung und erst nachfolgende Entwirklichung der Erbeseinsetzung — unmöglich.

Es ist vielmehr gerade umgekehrt der Moment der Erbschaftsantretung des Fiduziars, welcher den dies der Zuwendung herbeiführt. Die Zuwendung steht als Vermächtniß unter der Bedingung, wie sie oben formulirt wurde, „si heres erit, (et postea desinet heres esse)“. Mit Bedacht wurde der zweite Theil dieses Satzes eingeklammert, denn eigentlich ist er, und mit ihm das allein Entscheidende, schon in dem ersten Theil ausgesprochen. „Si heres erit“, so nur lautet, genau genommen, die Bedingung, also positiv: aber freilich enthält bereits diese Position diejenige conträre Negation, welche allein das wirklich bedingende Moment bildet, d. i. „si desinet“ oder, noch genauer, „si desiturus est heres esse“. Deshalb aber ist diese Negation in der Position schon enthalten, weil sie, wie bereis oben angedeutet, lediglich als ihre Folge sich darstellt. Freilich kann der Fiduziar den Eintritt dieser Folge verhindern, indem er, die Quart einbehaltend, das Pegasianum zur Anwendung bringt, also Erbe bleibt. Allein dies ist etwas nicht zu Vermuthendes, etwas die ordnungsgemäße Entwickelung Durchbrechendes und Umgestaltendes und kommt deshalb a priori nicht in Betracht: a priori muß der Fiduziar, wenn er angetreten hat, die hereditas, unter Einbehaltung der Zuwendung, als tota restituiren, er soll es wenigstens, und deshalb steht — ohne daß damit einer späteren entgegengesetzten und der Vermuthung widerstreitenden Entwicklung vorgegriffen würde — schon mit seinem Antritt, aber auch erst jetzt, fest, daß er aufhören wird, Erbe zu sein, er ist schon und erst jetzt ein desiturus heres esse. Damit aber ist eben die bedingende conträre Negation eingetreten, die condicio existent geworden, der dies cedirt: nur daß freilich diese cessio diei a posteriori wieder rückgängig werden kann (vgl. § 8 p. 67).

Wieder anders entscheidet sich endlich die Frage, wann der dies legati

cedire, für den Fall des fr. 18 § 2. Auch hier ist die Gültigkeit des heredi a semet ipso gegebenen Vermächtnisses bedingt durch die Qualität des Honrirten als Eines, der nicht Erbe sein kann. Während jedoch in jenen beiden anderen Fällen der Eintritt dieser Qualität eine positive Erklärung des honorirten Delaten auf die Delation der Erbschaft voraussetzt (cst. 12: Ausschlagung, die Zuwendungen: Antritt) und daher überall erst in einem Zeitpunkt nach dem Tode des Erblassers denkbar ist: so tritt dieselbe hier, wie auch oben (p. 60) bereits angedeutet, stets schon mit dem Tode des Erblassers ein. In diesem Moment schon ist der honorirte indignus ein Solcher, der nicht Erbe sein kann. Denn ihm ist nun einmal der Weg zur wahren Erbenqualität völlig verschlossen: auch wenn er antritt, so rettet er doch über die mit rechtlicher Nothwendigkeit sich vollziehende Ereption hinaus Nichts, als das leere nomen heredis. Daher mag er antreten oder ausschlagen oder endlich auch ohne Erklärung auf die Delation versterben, überall ist er schon vom Moment des Todes des Erblassers an ein Solcher gewesen, der nicht Erbe sein kann.

Es folgt nun aber hieraus, daß eine eigentliche Bedingung des Vermächtnisses in diesem Fall des fr. 18 § 2 überhaupt nicht vorliegt: da vielmehr seine Gültigkeit nur von einer solchen Qualität des Honorirten abhängt, die ihm, wenn er überhaupt den Tod des Erblassers erlebt, schon in diesem Moment mit Nothwendigkeit anhaften wird. Das Vermächtniß d. i. der fragliche Praelegatentheil, ist vielmehr hier — und dadurch eben rechtfertigt sich nun diese Ausnahme von dem fr. 75 § 1 D. de leg. II. p. 46 cit. — in Wahrheit ein purum. Zwar kann man immerhin auch hier noch die Praelegatenbedingung „si non heres erit" constatiren, insofern, als sie vom Erblasser gewollt ist, dem Effect nach aber mit nicht größerer Berechtigung, als man etwa von einem jeden Vermächtniß sagen kann, seine Gültigkeit sei durch das Ueberleben des Honorirten bedingt.

Aus dem Allen ergibt sich für den dies cedens und damit für den Moment, von welchem ab die Vermächtnisse, bezw. die fraglichen Vermächtnißtheile, auf die Erben des Honorirten transmittirt werden, dieses unterscheidende Resultat: der dies cedirt im Fall der cst. 12 mit der Ausschlagung der Erbschaft, im Fall des fr. 18 § 2 mit dem Tode des Erblassers, für die dem Fiduziar gegebenen Zuwendungen mit dem Antritt der Erbschaft.

Zum Abschluß dieser Vergleichungen möge sodann der Unterschied

zwischen dem Fall der cst. 12 und dem des fr. 18 § 2 noch einmal besonders hervorgehoben werden, welcher für die hier versuchte Construction der dem Fiduziar gegebenen Zuwendungen von so wesentlicher Bedeutung war. Er besteht darin, daß in der cst. 12 das nur im primären Grade heredi a semet ipso gegebene Vermächtniß erst im secundären Grade gültig wird, daß dort die beiden Vermächtnißelemente der Berechtigung und Verpflichtung sich trennen und wirklich auf zwei Personen vertheilen, indem der extraneus das vermachte Object vom Erben erhält: während dagegen im Fall des fr. 18 § 2 das heredi a semet ipso gegebene Vermächtniß gerade im primären Grad gültig wird, in welchem doch der Honorirte selbst als Onerirter wenigstens gesetzt ist (s. oben p. 58), insofern nämlich der coheres indignus den auf seinen eigenen Erbtheil entfallenden Praelegatentheil durch die Erbschaftsantretung als Erbschaftsgegenstand und Vermächtnißobject zugleich erhält, um ihn dann aber vermöge der Ereption nur in seiner letzteren Eigenschaft zu behalten.

Dies war die quellenmäßige Grundlage, von welcher aus behauptet wurde und behauptet werden konnte, daß auch bei den dem Fiduziar gegebenen Zuwendungen der Fiduziar selbst zugleich Honorirter und Onerirter sei, daß, wenn auch bei ihnen die zugewendeten Objecte durch die Erbschaftsantretung ganz in der gleichen Weise die Qualität von Erbschaftsgegenständen und Vermächtnißobjecten zugleich erhalten, diese letztere Eigenschaft doch durch die erstere nur verdeckt, nicht vernichtet werde, daß sie vielmehr als eine wirksame und gültige auflebe, wenn der Fiduziar, unter Einbehaltung der Zuwendungen die Erbschaft restituirend, völlig aufhöre, Erbe zu sein, die vorher verwirklichte Erbeseinsetzung wieder entwirkliche.

Hiermit wären die beiden ersten der am Schluß des vorigen Paragraphen aufgestellten Sätze begründet, daß nämlich die hier fraglichen Zuwendungen zwar Vermächtnisse seien, daß aber der Fiduziar dieselben gleichwohl iure legati nur dann erhalte, wenn er die Quart nicht einbehalte. Es wurde gezeigt, daß der Erblasser ein Vermächtniß geben und mit ihm den Fiduziar selbst oneriren wolle; und ferner, wie dieses Vermächtniß durch die Restitution der hereditas ex Trebelliano, und nur durch sie, gültig werden könne.

Wenn es aber hiernach schließlich die Voraussetzung des Ganzen ist, daß der Fiduziar hier jene Restitution ex Trebelliano überhaupt vornehmen könne, obwohl nämlich das Fideicommiß auf die tota hereditas gerichtet, also der dodrans überschwert ist und an und für sich das Pegas-

ianum begründet wäre: so erscheint dies jetzt wirklich, wie auch bereits oben (p. 31) behauptet wurde, nur als ein Ausfluß des fr. 75 D. ad leg. Falc. p. 30 cit., aus welchem hervorgeht, daß der Erbe, welcher ihm statt der Quart gegebene Vermächtnisse annimmt, die Quart gar nicht einbehalten darf, da vielmehr die ihm auferlegten Vermächtnisse nun trotz Ueberschwerung des dodrans ganz gültig werden.

§ 8.

Fortsetzung: Einrechnung der Zuwendung in die Quart.

Nach dem Bisherigen bleibt jener Zweifelsgrund noch stehen, welcher sich der hier vertretenen Auffassung und überhaupt der Ansicht, daß die dem Fiduziar gegebenen Zuwendungen Vermächtnisse seien, gleich Anfangs entgegenstellte: der Umstand, daß diese Zuwendungen nach ausdrücklichen Quellenzeugnissen [1]) in die Pegasianische Quart eingerechnet werden müssen, während doch mit gleicher Gewißheit feststehe, [2]) daß nur das in die Quart einzurechnen sei, was der Erbe iure hereditario habe. Dies scheint der Vermächtnißqualität der Zuwendungen sehr bestimmt zu widersprechen. Allein in Wahrheit ist dieser Widerspruch nach dem bisher Vorausgeschickten jetzt unschwer zu beseitigen. [3])

[1]) S. die Stellen der Anm. 18 zum § 6 oben p. 41.

[2]) S. die Stellen der Anm. 19 zum § 6 oben p. 41.

[3]) Wie wenig die Erklärungen, welche die Vertreter der Vermächtnißqualität bisher zu diesem Punct gegeben haben, zu befriedigen vermögen, kann, von anderen Ausführungen abzusehen, die Vangerow's beweisen. Er sagt (Pand. II. § 536 p. 486), die Zuwendungen seien deshalb in die Quart einzurechnen, weil sie statt der Quart gegeben seien. Vangerow argumentirt also aus der voluntas testatoris, und dies ist auch, wie sich im Texte ergeben wird, der richtige Weg. Allein so ohne Weiteres, wie es hier geschieht läßt sich die Einrechnungspflicht aus dem erblasserischen Willen nicht herleiten. Vielmehr ist jenem Schlusse Folgendes entgegenzustellen: Wenn der Erblasser die Zuwendung statt der Quart gibt, so soll sie dieser seiner Absicht nach gewiß nicht in die Quart eingerechnet werden, sondern statt der nicht einzubehaltenden Quart, d. i. eben nur für den Fall gegeben sein, wenn der Fiduziar die Quart nicht einbehält. Dies würde aber an

Nach dem oben p. 30 Ausgeführten hat der Erbe, dem der Erblasser in erkennbarer Absicht statt der Falzidischen oder Pegasianischen Quart Vermächtnisse gegeben hat, „ut integra legata vel fideicommissa praestet“ (fr. 75 ad leg. Falc. cit.), nur die Wahl, ob er die Vermächtnisse oder die Falzidische, bezw. Pegasianische Quart geltend machen wolle, er kann nicht Beides zugleich beanspruchen.

Wählt nun daher der Universalfiduziar, welcher deducta summa, retenta, praecepta re vel summa die Erbschaft restituiren soll, das ihm hiermit statt der Quart zugewendete Vermächtniß, so fällt sein Recht auf Abzug der Pegasianischen Quart dadurch zusammen. Er führt hier den eigentlichen Willen des Erblassers durch, und es tritt, wie im analogen Fall bei der Falcidia, so hier beim Pegasianum die vom Erblasser gewollte Ausnahme (s. oben p. 31) vom regelmäßigen Recht ein, indem das Fideicommiß trotz der Ueberschwerung des dodrans der Erbschaft, wie am Schluß des vorigen Paragraphen dargelegt, ganz gültig und mit alsbaldigem Uebergang der ganzen Erbschaftsklagen auf den Fideicommissar ex Trebelliano restituirt wird.

Wählt aber hiergegen der Fiduziar die Quart, so fällt damit das ihm statt der Quart gegebene Vermächtniß zusammen. Denn jetzt tritt jene Durchbrechung und Umgestaltung der ordnungsmäßigen Entwicklung ein und mit ihr wird die cessio diei, wie oben (p. 63) schon kurz bemerkt, wieder rückgängig, oder vielmehr genauer, es stellt sich jetzt a posteriori heraus, daß die a priori mit dem Erbschaftsantritt bereits eingetretene condicio des Vermächtnißes in Wahrheit nicht existent geworden ist: weil sich nämlich jetzt ergibt, daß der Fiduziar durch seinen Antritt gar nicht ein heres desiturus heres esse geworden ist, da er ja im Gegentheil Erbe bleiben will und bleibt. Damit aber wird das Vermächtniß als ein wirklich, auch quoad effectum, dem thatsächlichen Erfolg nach (s. oben p. 58) heredi a semet ipso datum ein inutile und ungültig. Denn die erste Verleihung der zugewendeten Objecte durch die Erbeseinsetzung fällt hier nicht zusammen, sondern bleibt unberührt aufrecht stehen. Zwar ist es richtig, daß ohne die zweite Verleihung die zugewendeten Objecte jetzt dem Fideicommissar herauszugeben wären

sich — ohne die im Text hervorzuhebende Nebeneigenschaft der Anordnung als eines modus für die Erbschaftstheilung — dahin führen, daß die Zuwendung nur für den Fall des Nichtabzugs der Quart gegeben sei, daß also der Fiduziar sie dann, wenn er die Quart einbehalte, — überhaupt gar nicht bekomme.

(s. oben p. 60), daß sie aber in Wirklichkeit auch jetzt noch dem Fiduziar verbleiben (s. unten pp. 70. flg.): indessen bezweckt jene — fideicommissarische — Herausgabepflicht jetzt nicht mehr Entwirklichung der ersten Verleihung, sondern läßt dieselbe, bei fortdauernder Erbenqualität des Fiduziars, unbehindert fortwirken. Und deshalb concurriren auch hier zwei Verleihungen in einem Object, von denen die zweite, die Vermächtnißverleihung — wie aber nun schon hier hervorzuheben, als solche — überflüssig, wirkungslos und ungültig ist (s. oben pp. 53, 54).

Die Restitution aber, welche jetzt der Fiduziar vornimmt, hat hier ganz andere Folgen.

Denn, zunächst im vorjustinianischen Recht, wurde nun, unter Fortfall der vom Erblasser gewollten Restitution der tota hereditas, das Pegasianum wirksam und es verblieben die Erbschaftsklagen auch nach der Restitution vorerst beim Fiduziar. Allerdings mußte er sie, geradeso, wie der mit einem Partitionslegat zum dodrans belastete Erbe, dem Fideicommissar zu $^3/_4$ herausgeben, aber diese Herausgabe vollzog sich nicht schon durch die Restitution, sondern, wie dies oben (p. 26) ausgeführt wurde, durch ein hinzutretendes Rechtsgeschäft, den Abschluß der vom legatum partitionis herübergenommenen stipulationes partis et pro parte.

Im Justinianischen Recht dagegen ist gerade dieser Punct des Pegasianischen Rechtes geändert worden. Der Fiduziar restituirt jetzt, auch wenn er statt der Zuwendung die Quart einbehält, ex Trebelliano, und zwar so, daß die Erbschaftsklagen schon mit der Restitution selbst zu $^3/_4$ auf den Fideicommissar übergehen.[4])

Der Unterschied zwischen dem vorjustinianischen und Justinianischen Recht ist daher der, daß der Fideicommissar dort, quoad effectum, Partiarlegatar, hier dagegen unmittelbar, quoad effectum, Erbe zum dodrans wird. Damit scheint sich nun aber für das Justinianische Recht der folgende Einwand zu erheben.

Wenn, so könnte man schließen, im Justinianischen Recht der Fideicommissar jedenfalls, wenn nicht ganz, so doch mindestens zu $^3/_4$ durch die Restitution Erbe werden, der Fiduziar also zu $^3/_4$ aufhören muß, Erbe zu sein, und wenn es offenbar schon im Moment der Erbschaftsantretung feststeht, daß der Fideicommissar zum Mindesten in dem letzteren Umfang durch die Restitution Erbe werde: so ist hiernach jene Möglichkeit einer nachträg-

---

[4]) § 7 J. de fideic. her. 2,23.

lichen Rescission der Vermächtnißbedingung, welche nach dem Obigen im vorjustinianischen Recht das Pegasianum bot, für das Justinianische Recht wenigstens bezüglich des $^3/_4$ der hereditas, welches jedenfalls vom Fiduziar auf den Fideicommissar übergehen wird, ausgeschlossen. Wenn aber weiter es gerade die Verwirklichung dieser Rescission der Vermächtnißbedingung war, welche im vorjustinianischen Recht das dem Fiduziar gegebene Vermächtniß ungültig machte, so scheint im Justinianischen Recht doch das $^3/_4$ des Vermächtnisses, bezüglich dessen die Möglichkeit dieser Rescission ausgeschlossen ist, von vornherein, d. i. mit der Erbschaftsantretung, unwiderruflich gültig geworden zu sein. Hiernach würden nur zwei Möglichkeiten vorliegen, entweder der Fiduziar erhält die Zuwendung ganz als Vermächtniß oder doch jedenfalls zu $^3/_4$: ganz, wenn er die hereditas als tota restituirt, zu $^3/_4$, wenn er die Quart einbehält. Dies wäre nun aber eine bedenkliche Folgerung. Denn es würde schwer sein, zu erklären, warum denn nun dieses in jedem Falle iure legati erhaltene $^3/_4$ der Zuwendung gleichwohl in die Pegasianische, bezw. jetzt Trebellianische Quart eingerechnet werden müsse.

Allein diese ganze Schlußfolgerung ist eine unrichtige und widerlegt sich, sobald man auf den Willen des Erblassers zurückgeht. Der Erblasser will doch das statt der Quart gegebene Vermächtniß als solches gewiß überhaupt nur für den Fall gegeben haben, daß der Fiduziar die Quart nicht einbehält, daß er die hereditas als tota restituirt. Deshalb aber wäre es durchaus unrichtig und der voluntas testatoris widersprechend, wollte man die dem Vermächtniß gesetzte Bedingung „si desiturus est heres esse“ als etwas Theilbares in dem Sinne annehmen, daß man sagen könnte: Wenn der Fiduziar ganz aufhören wird, Erbe zu sein, d. i., wenn er die tota hereditas restituirt, soll er die Zuwendung ganz, wenn er zu $^3/_4$ aufhören wird, Erbe zu sein, d. i., wenn er unter Einbehaltung der Quart nur den dodrans restituirt, soll er sie zu $^3/_4$ als Vermächtniß haben. Für diesen letzteren Fall ist ja überhaupt das Vermächtniß nicht nur nicht gegeben, sondern geradezu ausgeschlossen. Die Vermächtnißbedingung ist daher nach dem Willen des Erblassers (vergl. dagegen unten p. 78) eine untheilbare und hat nur den Sinn: Wenn der Erbe völlig aufhören wird, Erbe zu sein, wenn er, auf die Quart verzichtend, die hereditas als tota restituirt.

Das Ergebniß, worauf es hier allein ankommt, ist sonach für das vorjustinianische, wie für das Justinianische Recht das nämliche: das Ver-

mächtniß, welches in der dem Fiduziar statt der Quart gegebenen Zuwendung enthalten ist, fällt zusammen, sobald der Fiduziar statt der Zuwendung die Quart einbehält.

Indessen, wenn damit auch die Anordnung der Zuwendung als Vermächtnißverleihung ungültig wird, wenn sie als solche etwas Ueberflüssiges enthält, weil der Fiduziar, Erbe bleibend, Alles, was er aus der hereditas nicht von einem anderen Honorirten erhält, schon vermöge seiner Erbschaftsantretung erhielt und deshalb schon auf Grund seines Erbenrechtes inne hat: so enthält doch jene Anordnung in einer anderen Beziehung etwas jetzt nicht Ueberflüssiges und wirkt deshalb (vgl. oben pp. 54, 55) insoweit auch jetzt noch fort. Ihre Wirkung aber ist jetzt die, daß sie für den Fiduziar die Verpflichtung erzeugt, in der einzubehaltenden Quart — von dem allererst in dieselbe fallenden ¼ der actiones hereditariae (vgl. unten p. 73) abgesehen — zunächst das ihm statt der Quart Zugewendete einzubehalten oder auch, wie die Quellen sagen, in seine Quart die Zuwendung zu imputiren.

Hiermit ist also gesagt: Die Zuwendung wird als Vermächtniß mit dem Quartabzug ungültig. Gleichwohl behält der Fiduziar die Zuwendung, d. i. das zugewendete Object, auch jetzt, aber er behält sie nicht iure legati, wie in dem Fall, wo er die hereditas als tota restituirt, sondern, geradeso, wie die übrigen auf seine Quart einbehaltenen Gegenstände, iure hereditario.

Zum Beweise nun dafür, daß die dem Fiduziar gegebene Zuwendung, nachdem sie als Vermächtniß ungültig geworden, doch noch in dem angegebenen Sinn fortwirken könne und müsse, ist auch an dieser Stelle noch einmal auf die Lehre vom Praelegat zurückzugehen.

Miterben müssen sich bei Theilung des Nachlasses bekanntlich in erster Linie nach einem etwa vom Erblasser vorgeschriebenen Theilungsmodus richten. [5]) Einen solchen Theilungsmodus aber enthält jede Verleihung eines Vorvermächtnisses an einen der Miterben bezüglich des auf den Erbtheil des Honorirten entfallenden Theiles. Enthielte sie ihn nicht, dann würde der Theilungsrichter diesen, durch den Erbschaftsantritt des Honorirten ja zum Erbschaftsgegenstand gewordenen Praelegatentheil geradeso, wie jeden anderen Erbschaftsgegenstand, nach Ermessen auch nicht dem

---

[5]) cst. 21 C. fam. erc. 3,36.

Praelegatar, sondern dessen Miterben zusprechen können. Gegen ein solches Verfahren aber können ganz gewiß nicht allein der Praelegatar selbst, sondern auch dessen Miterben Widerspruch erheben. Denn der Erblasser hat, indem er das Praelegat verlieh, angeordnet, daß sie von dem praelegirten Object Nichts, daß sie vielmehr andere Erbschaftsgegenstände auf ihren Erbtheil erhalten sollen. Und hierauf haben jetzt die Miterben des Praelegatars, zwar keinen selbstständig klagbaren Anspruch, keine „obligatio" erworben, aber sie können sich hier in der familiae erciscundae actio unzweifelhaft auf die „auctoritas testatoris", auf den von ihm vorgeschriebenen Theilungsmodus berufen: wie dies aus fr. 7 D. de ann. leg. 33,1 noch bezüglich anderer, weit interesseloserer Anordnungen des Erblassers feststeht.[6])

Hieraus ergibt sich, daß jene Vermächtnißverleihung, obwohl sie durch den Erbschaftsantritt des Praelegatars zu dem auf seinen Erbtheil entfallenden Theil als solche hinfällig wurde, gleichwohl auch bezüglich dieses Theiles noch fortwirkt, **weil und insofern sie implicite einen modus für die Theilung der Erbschaft enthält.**

Ganz das Nämliche gilt nun von den dem Fiduziar gegebenen Zuwendungen. Auch sie sind dadurch, daß der Fiduziar statt ihrer die Quart vorzog, als Vermächtnisse hinfällig geworden. Aber auch ihre Verleihung enthielt zugleich einen modus für die Theilung der Erbschaft. Zwar zunächst nicht einen in der familiae erciscundae verfolgbaren. Denn der Erblasser will in erster Linie, daß der Fiduziar die Zuwendung als Vermächtniß einbehalte und die hereditas als tota restituire; in welchem Fall es zu einer familiae erciscundae zwischen ihm und dem Fideicommissar, bei mangelnder Erbgemeinschaft, nicht kommen kann.[7]) Aber darum enthält doch nicht minder auch diese Erbauseinandersetzung eine Theilung der Erbschaft wenigstens in dem Sinn einer Vertheilung der Nachlaßmasse. Und für diese Auseinandersetzung eben schreibt der Erblasser vor, daß der Fiduziar die bestimmten, ihm zugewendeten Objecte und daß der Fideicommissar hiervon Nichts, sondern statt dessen die anderen Erbschaftsgegenstände erhalten solle: in erster Linie ein Vermächtniß für den Fiduziar, implicite

---

[6]) Vgl. fr. 71 pr. D. de cond. et dem. 35,1 fr. 19 D. de leg. III., auch fr. 113 § 5 D. de leg. I.; und überhaupt Kretschmar a. a. O. § 10 pp. 151 flg., wo er namentlich noch mit Recht hervorhebt, daß unter Umständen die Miterben sogar ein Vermögensinteresse an der Einhaltung dieses Theilungsmodus haben können.

[7]) Nicht entgegen das allgemeine fr. 24 § 1 D. fam. erc. 10,2, s. fr. 40 eod. („**partem aliquam**"), fr. 27 § 11 D. h, t. 36,1 („**parte hereditatis restituta**".)

und einstweilen noch verdeckt ein Theilungsmodus für ihn und den Fideicommissar. Wenn dann aber der Fiduziar statt dieses Vermächtnisses die Quart nimmt, so kann allerdings die Vermächtnißverleihung als solche nicht mehr fortbestehen, aber eben deshalb tritt nun der in ihr enthaltene, bisher nur verborgene modus hervor, er kann auch jetzt noch, genauer erst jetzt, und muß [8]) deshalb aufrecht erhalten werden: d. i. eben, der Fiduziar kann nicht nur, sondern er muß auch jetzt noch die ihm zugewendeten Objecte behalten, der Fideicommissar ist berechtigt, ihre Annahme zu verweigern und statt ihrer die anderen Erbschaftsgegenstände herauszuverlangen.

Dies, daß der Fiduziar, auch wenn er statt des Vermächtnisses die Quart einbehalte, doch das Vermächtnißobject behalten müsse, wollen denn auch die Quellen, wenigstens zugleich, sagen, wenn sie statt dessen die nothwendige Folge davon angeben, daß er das Object des Vermächtnisses sich in seine Quart einrechnen müsse.[9]) Letzteres ist in der That nur die nothwendige Folge der Einbehaltungspflicht. Denn, wenn der Fiduziar die ihm zugewendeten Objecte einbehalten muß, so kann er doch, nachdem er durch den Quartabzug die Vermächtnißverleihung als solche hinfällig machte, Nichts mehr aus der Erbschaft auf einen anderen Titel hin behalten, als auf den der ihm verbleibenden Quart. Dieser Titel aber ist das ius hereditarium, das ihm zu $^1/_4$ erhalten bleibt, nach vorjustinianischem Recht sogar vorerst ganz, und eben des Titels halber muß nun der Fiduziar, weil alles iure hereditario Erhaltene, wie in die Falzidische, so in die Pegasianische Quart einzurechnen ist, auch die iure hereditario behaltenen Vermächtnißobjecte in seine Quart imputiren.

Hiermit ist das eigentliche Resultat der in diesem Paragraphen anzustellenden Untersuchung bereits gewonnen. Es ist dieses: der Fiduziar muß, auch wenn er die Quart einbehält, gleichwohl noch, kraft des vom Erblasser vorgeschriebenen Theilungsmodus, die ihm statt der Quart zugewendeten Gegenstände behalten. Er behält sie jedoch jetzt nicht iure legati, sondern — und damit ist jetzt auch der zweite der am Schluß des § 6 aufgestellten Sätze begründet — iure hereditario und hat sie deshalb in die Quart einzurechnen.

---

[8]) Vgl. fr. 12 § 3 in f. D. de leg. I.: „Voluntas ergo facit, quod in testamento scriptum valeat“.

[9]) § 9 J. de fideic. her. 2,23 fr. 91, 93 D. ad leg. Falc. 35,2 auch fr. 60 (58) § 3 D. h. t. 36,1.

Es ist jedoch ein Punkt im Bisherigen noch nicht berührt worden, der doch umsoweniger übergangen werden darf, als gerade hier leicht Mißverständnisse entstehen können und auch wirklich vorgekommen sind.

Wenn nämlich der Erblasser statt der Quart eine Zuwendung gibt, so wird er zwar wohl in der Regel den Werth der Zuwendung, wenigstens ungefähr, nach dem der Quart bemessen. Indessen kann doch auch, und es wird nicht selten so sein, der Erblasser Gründe haben, derenthalber er den Werth der Zuwendung entweder erheblich niedriger oder aber erheblich höher bemißt, als die Quart werth ist; auch kann Beides ungewollt durch einen Rechnungsirrthum oder durch erhebliche Veränderung des erblasserischen Vermögensstandes nach Errichtung des letzten Willens eintreten.

Liegt nun der letztere Fall vor, übersteigt also die Zuwendung an Werth die Quart, dann wird allerdings in der Regel der Fiduziar gern der Quart die Zuwendung vorziehen und also die **hereditas** als **tota** restituiren. Allein er kann auch, da ihm ja nach **fr. 75 ad leg. Falc.** in dieser Hinsicht die freie Wahl zusteht, mag er nun sich etwa in der Werthberechnung geirrt haben oder mögen ihn andere Gründe bestimmen, er kann auch gleichwohl statt der höherwerthigen Zuwendung die Quart einbehalten. Für diesen Fall fragt es sich nun aber, ob der Fiduziar, da er in seiner Quart die Zuwendung einbehalten muß, auch jetzt noch dieselbe ganz einbehalten dürfe.

Die Entscheidung der Frage scheint nicht schwierig. Wenn der Fiduziar die Quart einbehält, so behält er doch in jedem Fall nur soviel aus der Erbschaft, als der vierte Theil derselben werth ist. Und daraus folgt denn, daß er, wenn der Werth der Zuwendung den der Quart übersteigt, offenbar von jener nur soviel einbehalten darf, daß er im Ganzen nicht Mehr, als den Werth des Erbschaftsviertheils, der Quart, hat. Dabei kann aber sogar noch die Zuwendung, die geringeren Werth als die Quart hat, unter Umständen gekürzt werden müssen, wie freilich auch umgekehrt einmal die höherwerthige Zuwendung doch ganz zur Einbehaltung gelangen kann. Es kommt nämlich in Betracht, daß der die Quart einbehaltende Fiduziar in erster Linie das bei ihm verbleibende $^1/_4$ der Erbschaftsforderungen in seiner Quart hat, deren Werth sich allerdings wieder um den des gleichfalls bei ihm verbleibenden $^1/_4$ der Erbschaftsschulden mindert und hierdurch möglicherweise aufgehoben, auch überwogen wird. Man muß daher genauer sagen: der Fiduziar, welcher die Quart einbehält, behält in derselben die ihm statt der Quart gegebenen Zuwendungen nur dann ganz,

wenn deren Werth plus dem des 1/4 der Erbschaftsforderungen minus dem Werth des 1/4 der Erbschafsschulden den Werth der Quart nicht übersteigt. [10]) Bleibt jene Summe unter diesem Werth, so ist die Differenz aus den übrigen Erbschaftsgegenständen aufzufüllen, ist sie dagegen höher, dann muß der Fiduziar die Differenz aus der ihm gegebenen Zuwendung mitherausgeben.

Dies erscheint auch ganz natürlich, wenn man nur den Grund in Betracht nimmt, aus welchem der Fiduziar die Zuwendung in der Quart behält. Denn dieser Grund war doch lediglich jener vom Erblasser vorgeschriebene Auseinandersetzungsmodus. Ein solcher modus kann aber nur festsetzen wollen, in welcher Weise ein — nicht etwa erst durch ihn zu begründendes, sondern bereits anderweit begründetes — Recht verwirklicht werden soll. Er kann daher nur im Umfang dieses anderweit begründeten Rechtes, d. i. hier, nur bis zur Quart wirksam werden und ist, soweit er darüber hinausgehen sollte, gegenstandslos und deshalb ohne Wirkung.

Allein gegen dies Ergebniß könnte eine, bereits vielfach erörterte, Quellenstelle Bedenken erregen, das bekannte fr. 86 ad leg. Falc. 35,2. Eine Besprechung derselben scheint daher an dieser Stelle geboten, um so mehr, als sie, wie sich ergeben wird, auch sonst für die hier behandelte Lehre von Bedeutung ist.

Julianus.

„Titia testamento suo Titium fratrem suum ex parte tertia heredem instituit fideique eius commisit, ut hereditatem retenta quarta parte Secundae et Proculae restituat. Eadem fratri quaedam praedia praelegavit. Quaero, an Titius ea,

---

10) Es muß deshalb so gerechnet werden: Von dem 1/4 des zunächst festzustellenden gesammten Erbschaftswerthes ($^{4000}/_4$ = 1000) wird das dem Fiduziar zufallende 1/4 der Erbschaftsforderungen ($^{800}/_4$ = 200) abgezogen (1000—200 = 800) und hierzu das 1/4 der Erbschaftsschulden ($^{1200}/_4$ = 300) zugezählt (800 + 300 = 1100). Ist nun der Werth der Zuwendung kleiner als die letztere Summe, so wird die Differenz aufgefüllt, ist sie größer, so muß die Differenz noch von der Zuwendung herausgegeben werden. Denn das Einzubehaltende muß gleich jener Summe (1100) sein, damit der Fiduziar nach Hinzurechnung des 1/4 der Erbschaftsforderungen und Abzug des 1/4 der Erbschaftsschulden die Quart habe (1100 + 200—300 = 1000 = $^{4000}/_4$). In diesem Fall wird also ein höherer Zuwendungswerth (1100), als die Quart (1000) ganz einbehalten. Dies ist dann möglich, wenn die Erbschaftsforderungen die Schulden übersteigen, während im umgekehrten Fall selbst die geringerwerthige Zuwendung noch gekürzt werden kann.

quae praelegata sunt, etiam pro ea parte hereditatis, quam rogatus est restituere, an integra retinere debeat. Respondi, Titium legata integra retinere debere, sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praediorum. Sed si non esset adiectum, ut pars quarta deduceretur: totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere: quoniam contra sententiam matrisfamiliae lex Falcidia induceretur."

Julian bespricht hier zwei Fälle. Der erste ist dieser: Der Erblasser hat dem Miterben zu 1/3 das Praelegat eines praedium gegeben und ihn gebeten, seinen Erbtheil unter Einbehaltung des vierten Theils desselben zu restituiren. Zu diesem Erbtheil des Praelegatars und Fiduziars gehört nun auch der dritte Theil des Praelegates, welcher ihm von sich selbst gegeben ist. Man sollte daher meinen, da alles iure hereditario Erhaltene und demgemäß auch dieser Praelegatentheil „in fideicommissum cadit", [11]) daß der Fiduziar auch diesen dritten Theil des praedium eigentlich [12]) mitherauszugeben oder doch, daß er ihn in die ihm gegebene Quart einzurechnen habe: wonach es dann fraglich würde, ob der Fiduziar in jedem Fall, insbesondere (s. oben Anm. 10 a. E.) dann, wenn der Werth des einzurechnenden 1/3 des praedium den Betrag der Quart, d. i. des 1/12 der hereditas, überstiege, das Praelegat, bezw. den auf seinen Erbtheil entfallenden Theil desselben, [13]) ganz, integrum behalte.

---

[11]) fr. 18 § 3 D. h. t. 36,1.

[12]) Dies „eigentlich" will jenes „in fideicommissum cadit" nicht ausschließen, s. auch Vangerow, Pand. II. § 523 pp. 419, 420.

[13]) Hier scheint Mommsen mit seiner schwerfälligen Lesart „etiam pro ea parte, quam rogatus est, ut restitueret, restituere" statt der obigen Florentinischen (F [2] Mommsens) „quam rogatus est restituere" im Unrecht zu sein, obwohl freilich die Handschriften sehr schwanken. Denn es konnte nicht wohl gefragt werden, ob der Fiduziar auch den auf seinen Erbtheil entfallenden Praelegatentheil restituiren müsse, da er die übrigen gewiß behält (fr. 18 § 3 h. t. 36,1). Aber, von dem „etiam" selbst abgesehen, nicht einmal das konnte fraglich sein, ob er diesen Praelegatentheil wirklich restituiren (denn das „restituere" wäre doch mehr, als jenes „eigentlich" „in fideicommissum cadit" des fr. 18 § 3) sondern nur, ob und wieweit er ihn in die Quart einrechnen müsse, d i. eben, ob er die praedia als integra retiniren dürfe. — Das zweite „an" leitet nicht ein zweites Frageglied ein, sondern ist nur eine Wiederaufnahme des ersten, eine kurze Recapitulirung des ersten Gliedes einführend: also vor ihm hinzuzudenken ein „hoc est".

Allein Julian entscheidet, daß der Fiduziar das Praelegat ganz erhalte, aber $^1/_{12}$ desselben in seine Quart einrechnen müsse.

Von den mannigfachen Erläuterungen dieses interessanten Responsum scheint diejenige die am meisten verbreitete zu sein, welche auch Vangerow, Pand. II. § 536 p. 482 gibt.[14]) Er argumentirt so: Wenn hier der Wille des Erblassers erfüllt werde, also alle Erben antreten, und der Praelegatar restituire, so übertrage diese Restitution, weil sie (schon zu Julians Zeiten) ex Trebelliano erfolge, die Erbschaftsklagen zu $^3/_4$ des Erbtheiles des Praelegatars auf den Fideicommissar. Daher müsse der Fiduziar und Praelegatar, der ja nur zu $^1/_4$ seines Erbtheils Erbe bleibe, auch nur $^1/_4$ des auf seinen Erbtheil entfallenden Praelegatentheils, also $^1/_{12}$ des praedium, sich selbst leisten. Und deshalb sei auch nur dieses $^1/_{12}$, als das allein iure hereditario Empfangene, in die Quart einzurechnen.

Diese Erklärung hat in ihrer Einfachheit etwas Bestechendes, aber sie dürfte doch der Sache nicht auf den Grund gehen. Vor allem, um zunächst nur dies eine Hauptbedenken zu erwähnen, spricht sich Vangerow über einen wichtigen Punct zwar hier nicht aus: woher nämlich der Fiduziar die anderen in seinen Erbtheil fallenden $^3/_{12}$ des praedium erhält. Indessen folgt doch aus der ganzen, bereits oben (p. 44) berührten Anschauung Vangerows, daß er annehmen muß, der Fiduziar erhalte diese $^3/_{12}$ vom Fideicommissar, daß er diesen als mit den $^3/_{12}$ des Praelegates Onerirten setzt.[15]) Allein hieran denkt der Erblasser zumal vorliegend ganz gewiß nicht; wohl schon deshalb nicht, weil er ja dem Fiduziar dem Fideicommissar gegenüber, als Entschädigung für die Restitution, noch ausdrücklich die Quart gibt, insbesondere aber deshalb nicht, weil hier von Praelegaten die Rede, aber nicht abzusehen ist, wie der Erblasser zu Julians Zeit den Fideicommissar mit einem Legat habe belasten können. Der Erblasser, der die Quart ausdrücklich gibt, will mit dem daneben verliehenen Praelegat den Fiduziar nicht eigentlich als solchen, sondern nur als Miterben honoriren, keinenfalls den Fideicommissar oneriren.

Die richtige Erklärung dieses ersten Falles des fr. 86 scheint in Folgendem gefunden werden zu müssen:

---

[14]) S. auch das. p. 419 und übrigens die an obiger Stelle Benannten, sowie Kretschmar l. c. pp. 220 flg.

[15]) S. bes. Pand. II. § 449 pp. 154, 155.

Zunächst ist hervorzuheben, daß, wenn es hier auch nicht zum Abzug der Pegasianischen, gesetzlichen Quart kommt, weil ja der Erblasser selbst schon die Quart gegeben hat, darum doch nicht minder nur das iure hereditario Erhaltene in die Quart einzurechnen ist. Denn der Fiduziar soll eben die quarta pars der zu restituirenden hereditas einbehalten, worunter doch iure legati Empfangenes nicht mitbegriffen werden kann.

Bezüglich des auch hier gegebenen Praelegates wurde nun aber oben (s. pp. 47 flg.) festgestellt, daß der auf den Erbtheil des Praelegatars entfallende Theil desselben als Vermächtniß unter jener conträren Negativbedingung stehe „si non heres erit". Diese Bedingung tritt, wie des Näheren erwiesen wurde, in der Regel (cst. 12 p. 46 cit.) nur dadurch ein, daß der Praelegatar die Erbschaft ausschlägt. Soll jedoch der Praelegatar zugleich als Fiduziar seinen Erbtheil restituiren, dann wurde, wie oben (p. 62) gerade für diesen Fall ausgeführt, jene generelle Praelegatenbedingung, „si non heres erit" absorbirt durch die spezielle „Zuwendungsbedingung" „si heres erit (et postea desinet heres esse)" oder, in Eins gefaßt, „si desiturus est heres esse". Daher wurde hier der Praelegatentheil als Vermächtniß gültig, nicht durch die Ausschlagung, sondern umgekehrt, nur durch den Antritt des Praelegatars (p. 64).

In dem ersten Fall des fr. 86 hat indessen der Erblasser nicht bestimmt, daß der Fiduziar seinen ganzen Erbtheil, sondern, daß er ihn retenta quarta parte restituire. Das ist aber für den auf den Erbtheil des Fiduziars entfallenden Praelegatentheil von großer Bedeutung. Denn, während dieser Theil des Praelegates da, wo der Praelegatar seinen ganzen Erbtheil restituiren soll, den Character einer statt der Quart gegebenen Zuwendung annimmt und eben nur deshalb unter jene spezielle Zuwendungsbedingung „si desiturus est heres esse" zu stehen kommt: so fehlt es demselben hier, wo die Quart vom Erblasser noch nebenher verliehen wurde, an dieser Beziehung zur Quart und deshalb steht er hier nicht unter dieser absorbirenden speziellen, sondern lediglich unter der generellen Praelegatbedingung „si non heres erit". Daraus folgt nun einmal, daß man im ersten Fall des fr. 86 dem Fiduziar, *wenn er die Erbschaft ausschlüge*, unbedenklich nach der Regel der cst. 12 das ganze Praelegat zusprechen müßte. Es folgt aber daraus weiter, daß der Fiduziar, *wenn er die Erbschaft antritt*, damit den auf seinen Erbtheil entfallenden Praelegatentheil zwar zum quadrans als Vermächtniß ungültig macht, aber

ist nämlich der Ansicht [17]), daß nach den Justinianischen Neuerungen die Entscheidung des ersten Falles des fr. 86 für alle Fälle, also insbesondere auch für den zweiten gelten, daß auch hier der Fiduziar, wenn er die Quart einbehalte, nur $^1/_{12}$ des praedium praelegatum in dieselbe einrechnen müsse, weil nämlich seit Justinian auch hier ex Trebelliano so zu restituiren sei, daß der Fiduziar schon durch die Restitution zu $^1/_4$ aufhört, Erbe zu sein, der Fideicommissar schon durch die Restitution zu $^3/_4$ Erbe wird.

Vangerow verfällt damit in jenen Irrthum, die Zuwendungsbedingung „si desiturus est heres esse" für etwas Theilbares anzusehen, welcher bereits oben (s. p. 69) widerlegt wurde. Bei seiner rein formalen Erklärung des fr. 86 mußte er freilich wohl zu diesem Schluß kommen. Aber gerade daran zeigt sich jetzt recht deutlich das Unbefriedigende seiner Interpretation, daß Vangerow hier, auch practisch genommen, zu einem Ergebniß gelangt, das nicht allein dem Willen des Erblassers, der ja doch den in die hereditas restituenda fallenden Praelegatentheil ganz statt der Quart, nicht zum Theil neben der Quart gegeben hat, widerspricht, sondern zugleich dessen Durchführung in bedenklicher Weise gefährden würde. Hätte nämlich Vangerow Recht, dann würde der Erblasser im zweiten Fall des fr. 86 durch das dem Fiduziar gegebene Praelegat, auch wenn dessen in die hereditas restituenda fallender, also statt der Quart gegebener Theil den Werth der Quart noch so hoch übersteigen sollte, einen klug berechnenden Fiduziar doch noch nicht befriedigen und noch nicht dazu bestimmen können, daß er unter Verzicht auf die Quart die hereditas als tota restituire, also seinen, des Erblassers, Willen durchführe: wenn nur — aber wohl nur in diesem Falle wird überhaupt das Fideicommiß gefordert werden — seine Erbschaft abzüglich des praedium praelegatum noch einen activen Rest enthält. Denn, wenn auch der Fiduziar bereits in seinem Praelegatentheile die Quart und weit Mehr als diese hätte, so würde er nach der Vangerow'schen Ansicht durch Einbehaltung der Quart, unter jener Voraussetzung eines restirenden Plus, doch immer noch Mehr bekommen. Z. B. die ganze Erbschaft hat einen Werth von 303. Der Fiduziar und Miterbe zu $^1/_3$ erhält das Praelegat eines praedium im Werthe von 300. [18]) Der Erbschaftsrest ist daher

---

[17]) Pand. II. § 536 p. 482 unten.

[18]) Daß die Miterben des Praelegatars diesem gegenüber die Quart einbehalten können, ist für das Folgende irrelevant.

+ 3. Die Quart des Fiduziars würde $^{303}/_{12}$ betragen, d. i. $25\frac{1}{4}$. Restituirt nun der Fiduziar, den Willen des Erblassers durchführend, unter Verzicht auf die Quart die hereditas als tota, dann wird er aus dieser hereditas, als Entschädigung für die Restitution, seinen Praelegatentheil einbehalten, d. i. einen Werth von 100, also beinahe viermal so viel, als die Quart werth ist ($25\frac{1}{4}$). Allein durch Retention der Quart „contra sententiam defuncti“ würde er, wenn es richtig wäre, daß jetzt nur $^{1}/_{12}$ des praedium praelegatum in dieselbe einzurechnen, doch noch Mehr bekommen, nämlich 100 (das $^{1}/_{3}$ des praedium praelegatum) + $^{303}/_{12}$ (Quart) — $^{300}/_{12}$ (das in die Quart einzurechnende $^{1}/_{12}$ des praedium praelegatum) = $100\frac{1}{4}$.

Schon die practische Unmöglichkeit eines solchen Resultates ergibt die Unrichtigkeit seiner Voraussetzungen. Aber in Wahrheit bestehen ja auch heute noch unverändert nur jene beiden Möglichkeiten, daß nämlich, soweit ein Vermächtniß statt der Quart gegeben ist, die Vermächtnißbedingung „si desiturus est heres esse“ ganz, entweder existirt oder deficirt: daß daher der Fiduziar den in seinen Erbtheil entfallenden Praelegatentheil ganz, entweder iure legati erhält, wenn er die hereditas als tota restituirt, oder — vorbehaltlich des gleich Auszuführenden — ganz iure hereditario, dann aber auch in seiner Quart, wenn er die Quart retinirt.

Indessen aus diesem fr. 86 entspringt doch jetzt noch ein Bedenken, welches auch zur Besprechung dieser Stelle an diesem Ort den nächsten Anlaß gab: (s. oben p. 74) ob nämlich der Fiduziar in dem zweiten Fall des fr. 86 das Praelegat wirklich stets ganz erhalte.

Für den ersten der von ihm erörterten Fälle spricht Julian es ausdrücklich aus, daß der die Quart einbehaltende Fiduziar hier stets die praedia integra, das Praelegat ganz erhalte. Und dies ist allerdings auch richtig: wobei vielleicht nur das hervorzuheben ist, daß Julian, der hier eines seiner Responsen mittheilt, schwerlich ein überschuldetes Fideicommiß (Erbtheil abzüglich des in ihn fallenden Praelegatentheiles) vor Augen hat; es würde sonst die quaestio überhaupt nicht gestellt worden sein, die Fideicommissarinnen würden gern auf ihr Fideicommiß verzichtet haben. Bei einem nicht überschuldeten Fideicommiß, d. i. also einem activen Erbtheilsrest, aber ist es vollkommen richtig, daß der die Quart retinirende Fiduziar stets die praedia integra erhalte, weil hier das $^{1}/_{12}$ des praedium, welches allein er sich ja in die Quart einzurechnen hat, niemals größer sein kann, als das $^{1}/_{12}$ der Erbschaft, seine Quart. Daher wird

der Fiduziar hier stets nicht nur Nichts von den praedia herauszugeben haben, sondern umgekehrt noch ein Weiteres aus der Erbschaft dazu behalten.

Nun könnte man aber durch den Satzbau des fr. 86 sich zu der Annahme verleiten lassen, und dies ist, wie es scheint, sogar die herrschende Interpretation [19]), daß auch in dem zweiten Falle der die Quart einbehaltende Fiduziar stets die praedia integra, das Praelegat ganz behalte. Das wäre jedoch um deswillen eine bedenkliche Annahme, weil hier ja der Fiduziar sich das volle $^1/_3$ der praedia in die Quart, d. i. das $^1/_{12}$ der hereditas, einrechnen muß, jenes $^1/_3$ der praedia aber auch bei einem der Einforderung sehr wohl werthen Fideicommiß häufig einen höheren Werth haben kann, als dieses $^1/_{12}$ der Erbschaft. Hiernach würde also der die Quart retinirende Fiduziar, wenn das Werthverhältniß einmal ein solches wäre, und wenn er trotzdem sein Praelegat ganz behielte, schon in dem auf seinen Erbtheil entfallenden $^1/_3$ des praedium allein, ganz abgesehen von einem etwaigen Plus des $^1/_4$ der Erbschaftsforderungen über das $^1/_4$ der Schulden, also eigentlich in seiner Quart Mehr haben, als die Quart, das $^1/_{12}$ der Erbschaft. Daß und warum dies unmöglich für richtig gelten kann, wurde oben (pp. 73, 74) des Näheren dargelegt: der Fiduziar, der keinen anderen Retentionstitel mehr hat, als den der Quart, kann doch auf Grund dieses Titels nicht Mehr retiniren, als den Werth der Quart.

Und dem steht denn auch in Wahrheit das fr. 86 durchaus nicht entgegen. Jene irrige Annahme wird dadurch veranlaßt, daß man die Worte:

„Titium legata integra retinere debere“

aus der Entscheidung des ersten Falles in die des zweiten herüberzieht. Dies ist jedoch nicht zulässig. Allerdings scheint wohl der Umstand einigermaßen dafür zu sprechen, daß Julian jene Worte in seinem Responsum nachdrücklich voranstellt. Doch erklärt sich dies genügend schon dadurch, daß der respondirende Jurist auf diese Weise unmittelbar an den Schluß der ihm gestellten quaestio, die Worte:

„an integra retinere debeat“

anknüpfen wollte. Sodann aber ist Folgendes zu bedenken:

Julian theilt im fr. 86 eines seiner Responsen mit, also seine Entscheidung eines wirklich vorgekommenen Rechtsfalles. Dieser Rechtsfall ist

[19]) S. namentlich noch Kretschmar l. c. p. 221, vgl. auch Vangerow l. c. p. 419.

der erste, so speziell und mehr, als nöthig (z. B. „Secundae et Proculae“, zwei Fideicommissarinnen) substantiirte. In seinem Responsum zieht nun Julian einen zweiten — offenbar nur fingirten — Fall herein. Wie die Entscheidung desselben:

> „totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere“

und insbesondere der auf das vorangestellte Wort „totum“ gelegte Nachdruck beweist, geschieht dies aber lediglich zur Erklärung und, durch den Gegensatz, schärferen Hervorhebung des letzten Theils der Entscheidung des ersten Falles, der Worte:

> „sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praediorum“.

Julian will eben gerade dies, und nur dies, gegenüberstellen, daß dort, unter jenen Voraussetzungen, nur 1/12, hier dagegen, unter diesen Voraussetzungen, das ganze 1/3 des Praelegates in die Quart einzurechnen seien. Er will nicht auch diesen zweiten Fall in alle seine Consequenzen hinein verfolgen, an diesem, lediglich fingirten Fall nimmt er nur soweit Interesse, als er zur Beleuchtung jenes auffälligsten Theiles der Entscheidung der ersten dienlich ist, und nur soweit entscheidet ihn der Jurist.

Wollte man aber endlich selbst annehmen, Julian habe sich auch für den zweiten Fall des fr. 86 über die Integrität des Praelegates aussprechen wollen, so würde man doch eher umgekehrt behaupten müssen, daß er die Nothwendigkeit dieser Integrität hier verneint habe. Es würde dann, wie in der quaestio, so im responsum der Nachdruck nicht auf der Quarteinrechnung, sondern eben auf der Integrität des Praelegates liegen. Die Antwort Julians aber wäre etwa so aufzufassen: Im ersten Fall erhält der Fiduziar das Praelegat stets ganz, denn (der Adversativsatz „sed in partem quartam“ u. s. w., wie so oft, zugleich causal) hier braucht er nur 1/12 des praedium in seine Quart einzurechnen; im zweiten Fall dagegen muß der Fiduziar seinen ganzen Praelegatentheil einrechnen und deshalb (pp. 73, 74), welchen Schluß Julian anheimgeben würde, liegt eine Nothwendigkeit der Integrität des Praelegates hier nicht vor.

Indessen ist doch wohl die erstere Auffassung die natürlichere. Nach beiden Auffassungen aber steht jedenfalls das fest, daß eine einfache Herübernahme jener Worte

> „Titium legata integra retinere debere“.

aus der Entscheidung des ersten in die des zweiten Falles nicht zugelassen werden darf. Und damit eben hebt sich nun jenes aus diesem fr. 86 etwa herzuleitende Bedenken gegen die obigen Ausführungen: auch hier gilt der auf p. 74 festgestellte Satz, daß der die Quart einbehaltende Fiduziar die ihm statt der Quart gegebene Zuwendung, d. i. hier den in die hereditas restituenda fallenden Praelegatentheil, nur dann ganz behält, wenn ihr Werth plus dem des 1/4 der Erbschaftsforderungen minus dem Werth des 1/4 der Erbschaftsschulden den Werth der Quart nicht übersteigt.

---

§ 9.

Zum fr. 91 D. ad leg. Falc. 35,2. Rechtfertigung der Emendation des fr. 31 (30) § 4 aus seinem Inhalt und Zusammenhang.

Es ist in den bisherigen Ausführungen einer Stelle nur beiläufig Erwähnung geschehen, welche doch nicht allein für die ganze hier behandelte Lehre, sondern namentlich auch für den emendirten § 4 von großer Bedeutung ist und jetzt in geeigneter Weise auf letzteren zurückführen wird: des berühmten fr. 91 D. ad leg. Falc. Soweit dasselbe an dieser Stelle noch interessirt, möge es hier folgen.

Marcianus.

„Jn quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi vel implendae condicionis caussa accipit. Nam haec in quartam non imputantur. Sed in fideicommissaria hereditate restituenda sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi sive praecipere vel deducere vel retinere iussus est, in quartam id ei imputatur. Pro ea vero parte, quam accepit a coherede: extra quartam id est, quod a coherede accipitur.“ [1])

[1]) Zum übrigen, für das im Text Folgende nicht mehr interessirenden Inhalt des fr. 91 und insbesondere zu dem auf das Obige unmittelbar folgenden Satz:

Bekanntlich knüpft sich in erster Linie an dieses fr. 91 die vielbe=

„Sed et si accepta pecunia hereditatem restituere rogatus sit, id quod accipit in quartam ei imputatur, ut divus Pius constituit"

muß hier in Ergänzung des obigen Excurses in der Anm. 17 zum § 6 noch Folgendes bemerkt werden:

In dieser Anm. 17 wurde dargelegt, wie die accepta pecunia regelmäßig — im Gegensatz zu dem reziproken Fideicommiß der accepta certa quantitas des fr. 11 § 3 D. de leg. III (pp. 34, 35) — nur eine mortis caussa capio, und zwar ein condicionis implendae caussa datum sei (p. 32). Und weiter lehrte das fr. 60 (58) § 3 D. h. t. 36,1 (pp. 35 flg.), daß auf Grund eines rescriptum Hadrians (wohl dasselbe, welches in fr. 93 ad leg. Falc., auch vielleicht von Gaius II § 221 erwähnt wird) fingirt werde, der Fiduziar erhalte die pecunia nicht vom Fideicommissar, sondern aus der hereditas restituenda (p. 33). Wie sich nun Papinian im fr. 60 (58) § 3 auf dieses Rescript Hadrians ausdrücklich beruft, so wird auch diese gleiche Entscheidung des Pius, daß nämlich die pecunia accepta in die Quart einzurechnen sei, auf dasselbe sich gestützt haben. Die Einrechnung selbst erklärt sich dann aber, vermöge der fictiven Gleichstellung, geradeso, wie bei den im Text besprochenen Zuwendungen: behält der Fiduziar die pecunia fictiv aus der hereditas restituenda ein und hat er, die Quart abziehend, keinen anderen Retentionstitel, als den des ihm noch verbleibenden ius hereditarium (p. 72), so erhält er auch die pecunia, fictiv, iure hereditario und muß sie deshalb in die Quart imputiren, während er sie, die tota hereditas restituirend, titulo singulari, nämlich als condicionis implendae caussa datum erhält, wie iure legati jene anderen Zuwendungen. Dies gilt von der pecunia accepta, wenn nach deren Empfang der Fiduziar die Quart abzieht. — Sollte nun aber der Fiduziar nicht eine pecunia, sondern eine certa quantitas, nicht vermöge eines reziproken Singularfideicommisses, bereits in Empfang genommen haben und er wollte dann noch die Quart retiniren, dann würde, falls er nicht etwa, was Thatfrage wäre, durch die Annahme der quantitas schon auf den Quartabzug in bindender Weise verzichtete, da bei diesen concreten Gegenständen die Fiction des fr. 60 (58) § 3 nicht mehr Platz greifen kann, dem Fideicommissar jetzt nicht anders zu helfen sein, als etwa mit einer condictio caussa data caussa non secuta auf Rückgabe der quantitas (vgl. fr. 1 § 1. fr. 2 D. de cond. caussa data caussa non sec. 12,4. fr. 65 § 3 D. de cond. indeb. 12,6).

Der Fiduziar kann indessen die Quart schon retiniren wollen, ehe er die pecunia oder die nicht fideicommissarisch gegebene certa quantitas vom Fideicommissar erhielt. In diesem Fall aber ist jene Fiction des fr. 60 (58) § 3 nicht mehr nöthig. Der Fiduziar erhält jetzt die pecunia und die certa quantitas überhaupt nicht (fr. 90 D. ad leg. Falc.), und zwar deshalb nicht, weil der Fideicommissar, der ja ohne fideicommissarische Belastung zur Erfüllung der condicio nicht verpflichtet ist, kein Interesse mehr daran hat, die condicio zu erfüllen, nachdem der Vortheil, den er sich durch ihre Erfüllung verschaffen soll — d. i. die Restitution der tota hereditas, ohne Quartabzug — nicht mehr eintreten wird. Denn nur dieses Vortheils wegen wurde die condicio dem Fideicommissar gesetzt. Beraubt daher der Fiduziar den Fideicommissar durch den Quartabzug

strittene Frage an, ob zwischen der quarta Falcidia und der Pegasiana

„contra sententiam defuncti" dieses Vortheils, so kann er auch, wenn er nun doch die hereditas nur gegen Leistung des condicionis implendae caussa datum restituiren wollte, einer wohlbegründeten replica doli gewärtig sein dahin, daß das Geforderte ob caussam gegeben sei, der Fiduziar aber selbst diese caussa vernichtet habe.

Ist endlich das reziproke Vermächtniß einer certa quantitas oder auch, unter Umständen, einer pecunia accipienda, gegeben, so bedarf es zur Entwicklung der Consequenzen desselben für den Quartabzug nur einer Heranziehung des fr. 75 ad leg. Falc. (p. 30 cit.). Es kann aber in diesem Falle niemals zu einer Einrechnung des Vermächtnißobjectes in die Quart kommen. Vielmehr sind nur diese beiden Möglichkeiten denkbar: Entweder der Fiduziar nimmt das Vermächtniß: damit verzichtet er auf die Quart, sodaß also diese gar nicht zur Berechnung kommt. Oder er retinirt die Quart: damit verzichtet er auf das Vermächtniß, sodaß also wieder von einer Einrechnung seines Objectes in die Quart keine Rede sein kann. — Diese Sätze sind nun von besonderem Interesse für den oben (pp. 38 flg.) eingehend besprochenen Fall, wo der Miterbe gebeten war, seinen Erbtheil dem Miterben retenta oder auch deducta vel praecepta re (nicht auch summa: s. p. 36) zu restituiren. Auch hier lag bezüglich des auf den Erbtheil des Fideicommissars (bezüglich des eignen Antheils des Fiduziars gilt auch hier ganz das auf pp. 61, 62 Ausgeführte) entfallenden Theiles, zunächst ein Vermächtniß, aber wegen der Qualitaet desselben als eines Gegenvermächtnisses ein reziprokes Vermächtniß ganz in dem hier gemeinten Sinne vor. Man könnte nun aber glauben, daß der Fiduziar auch hier, nach der Regel der cst. 12 C. de leg. (p. 46 cit.) dieses Vermächtniß als Vorvermächtniß einfordern könne, auch wenn er die Erbschaft ausschlage: um so mehr also dann, wenn er sie antrete und nur die Quart retinire, also dem Fideicommissar wenigstens den dodrans seines Erbtheils zuwende. Indessen ist aus dem vorher Gesagten unbedingt zu schließen, daß der Fiduziar dieses Vermächtniß nur durch die Erbschaftsantretung und weiter nur durch Verzicht auf die Quart erhalten kann, daß er sich durch die Ausschlagung oder die Retention der Quart desselben verlustig macht, (vgl. hiermit die prinzipiell gegentheilige Entscheidung für das vom Miterben gegebene einfache Vermächtniß in der Anm. 29 zum § 7 oben p. 62). Denn auch dieses Vermächtniß ist eine dem Fiduziar statt der Quart gegebene Zuwendung in diesem allgemeinen Sinn und steht deshalb — gleich jenen obigen Zuwendungen, aber als neuer und selbstständiger Fall, insofern nicht ein Vermächtniß heredi a semet ipso gegeben ist — unter der „Zuwendungsbedingung" „si desiturus est heres esse": weshalb eben der Fiduziar dasselbe nicht erhält, wenn er die Erbschaft ausschlägt (zwar „non heres", aber nicht „qui desiit heres esse"), und nicht, wenn er die Quart retinirt, also Erbe bleibt. —

Der nun folgende Satz des fr. 91:

> „Sed et quod implendae condicionis caussa fideicommissum heredi datur: in eadem caussa esse admittendum sciendum est"

muß gewiß mit Vangerow Pand. II § 536 p. 489 (und vielen Anderen) schon aus den dortigen Gründen als unächt verworfen werden: wie ihn denn auch Mommsen in seiner Ausgabe nicht aufgenommen hat. Zwar enthält wohl der Ausdruck „implendae condi-

ein grundsätzlicher Unterschied bestehe darin, welcherlei Zuwendungen in jene und in diese Quart eingerechnet werden müßten.[2])

---

cionis caussa fideicommissum" noch nicht unbedingt eine Unrichtigkeit, wie Vangerow will. Vielmehr könnte gerade hierunter eines der soeben besprochenen reziproken Singularfideicommisse verstanden sein, denen ja, wenn sie auch Vermächtnisse sind, doch die Natur eines condicionis implendae caussa datum nicht verloren gegangen ist, die sich vielmehr von dem eigentlichen condicionis implendae caussa datum nur dadurch unterscheiden, daß bei ihnen dem Universalfiduziar ein fideicommissarisches Recht auf Erfüllung der condicio zusteht (s. auch oben p. 39). Dies könnte an sich mit dem obigen Ausdruck angedeutet werden sollen. Indessen würde der ganze Satz auch so etwas Unrichtiges sagen, weil ja, was doch in ihm behauptet würde, gerade bei diesen reziproken Vermächtnissen nach dem soeben Festgestellten eine Einrechnung in die Quart niemals stattfinden kann.

Zu diesem inneren und den insbesondere von Vangerow l. c. und Mommsen ad h. l. angeführten äußeren Gründen — spätere Hand in der Florentina (F² Mommsens) und Fehlen des Satzes in den Basiliken — für die Annahme eines Glossems möchte folgende Wahrscheinlichkeit hinzutreten. Der Emendator der Florentina oder auch sein Vordermann hat sich nämlich sehr wahrscheinlich durch den ersten und den an den seinigen anschließenden Satz des fr. 91 durch folgende Erwägungen zu seiner Einschaltung verleiten lassen. In dem ersten Satz ist vom legatum, vom fideicommissum und dem implendae condicionis caussa acceptum die Rede. Im Folgenden wird dann zwar vom legatum und vom fideicommissum und im Anschluß daran von der accepta pecunia gehandelt, und zwar von dem Allem für den Fall eines Universalfideicommisses: nicht dagegen — verbotenus — von dem implendae condicionis caussa acceptum. Dieses fiel dem Emendator um so mehr auf, als in dem gleich folgenden Satz:

> „Si quid vero implendae condicionis caussa heres accipiat a legatariis, in Falcidiae computationem non prodesse"

zwar von dem condicionis implendae caussa acceptum die Rede war, aber nur für den Fall eines Legates. Hier vermißte er, zumal bei der starken Betonung des „a legatariis", einen Gegensatz und diesen supplirte er in ungeschickter Weise durch seine Einschaltung. Wobei auch er offenbar, wie noch heute manche Ausleger, von der Meinung ausgieng, Marcian stelle sich im fr. 91 die Aufgabe, die grundsätzlichen Unterschiede zwischen der quarta Falcidia und der Pegasiana aufzuführen, er unterscheide in den Worten des ersten Satzes

> „quas 1) iure legati vel 2) fideicommissi vel 3) implendae condicionis caussa accipit"

die einzelnen Classen der etwa einzurechnenden Zuwendungen, bespreche dann die beiden ersten Classen mit Beziehung auf die Pegasiana, weshalb er darauf auch die letzte Classe in dieser Beziehung gewiß besprochen habe.

Der Emendator hat nun insoweit Recht, als er nach einem Gegensatz des Satzes „si quid vero implendae" u. s. w. und insbesondere des nachdrücklichen „a lega-

Welche Stellung in dieser Frage hier einzunehmen sei, bedarf nur

---

tariis", sowie nach einer Fortführung der Erörterung der obigen drei Classen — denn Marcian classifizirt hier allerdings — für den Fall des Universalfideicommisses sucht. Aber Beides, Gegensatz zum Folgenden und Fortführung des Bisherigen war bereits — und diese genaue. Gliederung nachzuweisen, ist der eigentliche Zweck dieser eingehenden Entwicklung — gegeben in dem unmittelbar voraufgehenden Satz „sed et si accepta pecunia — in quartam ei imputatur". Diese accepta pecunia nämlich ist eben, wie früher gezeigt, ein implendae condicionis caussa acceptum, die dritte der obigen Classen, welches, kraft jener Fiction des fr. 60 (58) § 3 h. t., zwar in die quarta Pegasiana einzurechnen ist, allerdings aber der Falcidia im engeren Sinn gegenüber überhaupt nicht nützt („non prodesse"), irrelevant bleibt. Denn, wie der Schlußsatz des fr. 91 sagt:

> „Et ideo, si centum praedium legaverit defunctus, si quinquaginta heredi legatarius dederit: centum legatis computationem fieri et quinquaginta extra hereditatem haberi, ne in quartam ei imputentur."

Dieser Gegensatz aber zwischen den beiden letzten, von dem condicionis implendae caussa datum bei den Legaten und jenem voraufgehenden, von der accepta pecunia beim Unversalfideicommiß handelnden Satz erklärt sich folgendermaßen:

Bei dem Universalfideicommiß können zwei Arten des condicionis implendae caussa datum vorkommen (s. auch die Distinction des gleich zu citirenden fr. 30 § 7) von wesentlich verschiedenen Consequenzen: einmal die nicht figura condicionis angeordnete accepta pecunia und sodann eine figura condicionis angeordnete Zuwendung, wie sie im fr. 65 (63) § 6 D. h. t. 36,1 dahin vorkommt: „Rogo, si Titius tibi centum dederit, restituas ei hereditatem meam." Nur von der ersteren nun, der pecunia accepta, ist es richtig, daß sie, kraft jener Fiction des fr. 60 (58) § 3 h. t. gleich einer retenta pecunia in die Pegasianische Quart eingerechnet werden muß. Von der figura condicionis angeordneten Zuwendung dagegen gilt ganz in der gleichen Weise das im Schlußsatz des fr. 91 ausgesprochene Prinzip: sie wird nicht in die Quart eingerechnet, der Fiduziar erhält sie vielmehr noch neben der Quart, wie sich dies, auch abgesehen von der gleichen ratio (s. u.), noch namentlich ergibt aus jenem schon früher (s. oben p. 32) verwertheten fr. 30 § 7 D. ad leg. Falc.:

> „Tametsi autem legis Falcidiae ratione, quae condicionis implendae caussa heredi sunt data, in quartam non computantur: tamen id, quod non figura condicionis accipere iussus est ab eo, cui hereditatem restituere rogatus est, Celso et Juliano nostro placuit computari."

Daher besteht bezüglich der Nichteinrechnung des figura condicionis angeordneten condicionis implendae caussa datum wieder völlige Gleichheit zwischen beiden Quarten.

Aber weiter ist auch der Umstand, daß die nicht figura condicionis angeordnete accepta pecunia nur in die Pegasianische Quart eingerechnet wird, ein dieselbe von der Falcidia im engeren Sinn höchstens thatsächlich, nicht grundsätzlich unterscheidender: weil nämlich der letzteren gegenüber ein nicht figura condicionis angeordnetes condicionis im-

kurz hervorgehoben, nicht mehr an dieser Stelle noch eingehend begründet zu werden.

---

plendae caussa datum überhaupt niemals in Frage kommt. Denn insbesondere bezüglich jenes, der accepta pecunia allerdings nahe verwandten certum pretium, gegen welches der Erbe eine einzelne Sache verkaufen soll, gilt jener Satz des fr. 30 § 1 D. ad leg. Falc. (s. auch oben p. 32), wonach der Falcidia gegenüber dieses pretium von vorneherein und ipso iure von dem Werth des vermachten Objectes abgezogen und der Falcidia gegenüber ein Vermächtniß nur zu der Differenz zwischen dem Werth der vermachten Sache und dem ihr bestimmten pretium angenommen wird, sodaß also das letztere, soweit man auch es als ein nicht figura condicionis angeordnetes condicionis implendae caussa datum bezeichnen könnte, jedenfalls nicht erst der Falcidia gegenüber in Anrechnung kommt, sondern bereits „genützt" (das „prodesse" des fr. 91) hat, ehe diese in Anwendung tritt.

Hiernach wollen die drei letzten Sätze des fr. 91 nur dieses sagen: In die Pegasianische Quart ist auch die pecunia accepta, mithin ein condicionis implendae caussa datum einzurechnen: während ein solches der Falcidia im engeren Sinn gegenüber niemals in Anrechnung kommen kann, weil nämlich die einzige Art, die hier in Frage kommt, d. i. das figura condicionis angeordnete condicionis implendae caussa datum, wie von der Einrechnung in die Pegasianische, so von der Anrechnung gegenüber der Falzidischen Quart im engeren Sinn überall ausgeschlossen bleibt. Daher auch hier, wohl ein thatsächlicher, aber durchaus kein grundsätzlicher Unterschied zwischen den beiden Quarten: da vielmehr der letztere durch jene Fiction des fr. 60 (58) § 3 beseitigt wird, wonach die accepta pecunia im Fall des Quartabzugs und demgemäß ihrer Einrechnung als iure hereditario retinirt gelten soll.

Der Grund aber dieser Ausschließung des figura condicionis Gegebenen wie jener Einrechnung der accepta pecunia liegt offenbar darin, daß bei der letzteren die Qualitaet einer statt der Quart gegebenen Zuwendung schon — und dies eben ist der innere Grund jener Fiction des fr. 60 (58) § 3 — wegen ihrer nahen Verwandtschaft mit der retenta, deducta, praecepta summa unverkennbar ist: während dagegen bei der Figur „si dederit", wie beim Legat, so auch beim Fideicommiß diese Beziehung gerade zur Quart nicht erkannt und deshalb nur angenommen werden kann, daß diese Zuwendung zwar eine Gegenleistung (s. auch fr. 65 (63) § 6 cf. § 5 eod. D. h. t.), aber nicht gerade für die Quart, sondern für das Vermächtniß überhaupt enthalte, welche den Abzug der Quart von demselben nicht ausschließe.

Endlich bedarf es vielleicht noch einer kurzen Erläuterung, warum im Bisherigen überall einerseits von einer Einrechnung in die Pegasianische und andererseits nur von einer Anrechnung gegenüber der Falzidischen Quart im engeren Sinn die Rede war. Der letztere Ausdruck rechtfertigt sich dadurch, daß in die Falzidische Quart im engeren Sinn eine pecunia condicionis implendae caussa vel quovis alio modo data überhaupt nicht eingerechnet werden kann. Denn die Quart ist hier ja nicht, wie die Pegasiana, aus der hereditas im Ganzen einzubehalten, sondern, in thesi, aus dem vermachten speziellen Object; an die Stelle dieses concreten retinendum aber kann, auch

Einmal nämlich führt schon jener für alle hier aufgestellten Ansichten grundlegende und im Obigen (pp. 24 flg.) ausführlich entwickelte Satz, daß das ganze Recht des Pegasianischen Quartabzugs lediglich aus einer unmittelbaren und vollständigen Uebertragung der lex Falcidia auf die Fideicommisse zu erklären sei, mit Nothwendigkeit dahin, jeden grundsätzlichen Unterschied zwischen den beiden Quarten auch in dem bezeichneten Punct in Abrede zu stellen.

Sodann aber dürften durch die bisherigen Ausführungen auch bereits alle Hauptzweifelsgründe im Einzelnen beseitigt sein. Denn darauf vornehmlich gerade stützen sich diese Zweifel an der Identitaet beider Quarten, und darin allein auch sind sie wenigstens nicht ganz ohne berechtigende Veranlassung, daß jene dem Fiduziar durch die Anordnung „deducta summa, retenta, praecepta re vel summa" oder auch „accepta pecunia restituas" gegebenen Zuwendungen, wie dies gerade auch das fr. 91 mit klaren Worten sage („sive praecipere vel deducere vel retinere iussus est, in quartem id ei imputatur") nicht etwa dem Fiduziar statt der Quart angerechnet oder dergl., sondern in die Quart eingerechnet werden müssen. Da nun, so schließt man, jene Anordnungen unzweifelhaft Singularzuwendungen, speziell in den drei ersten Formen Vermächtnißverleihungen enthalten, so folge hieraus, daß, wie übrigens das fr. 91 auch sonst bestimmt genug ausspreche („sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi — in quartam id ei imputatur" und der erste der in Anm. 1 besprochnen Sätze), in die Pegasianische Quart auch titulo singulari und iure legati Erhaltenes einzurechnen sei: während doch andererseits, und auch dies wieder unter andern Stellen aus dem fr. 91 (der Anfangssatz und die beiden letzten, in Anm. 1 besprochenen Sätze) feststehe, daß in die Falzidische nur iure hereditario, nicht auch iure legati oder fideicommissi oder implendae condicionis caussa Empfangenes eingerechnet werde.

---

wenn man jene Fiction des fr. 60 (58) § 3 zu Hülfe nehmen wollte, nicht ohne Weiteres eine pecunia gesetzt werden. Es kann sich vielmehr hier überall nur fragen, ob der Erbe nach Empfang der pecunia überhaupt noch die Quart abziehen dürfe (vgl. fr. 75 ad. leg. Falc.), und, wenn dies gestattet, ob er dann doch das Empfangene wieder herauszugeben oder neben der Quart behalten könne: d. i. eben, ob und in welcher Weise die pecunia der Quart gegenüber in Anrechnung komme oder nicht.

[2]) S. die sehr ausführliche Aufzählung der verschiedenen Ansichten bei Vangerow l. c. pp. 479. 480.

Dem gegenüber wurde jedoch oben festgestellt, daß jene dem Fiduziar gegebenen Zuwendungen zwar allerdings iure legati, bezw. die pecunia accepta als condicionis implendae caussa datum gegeben sind, daß aber der Fiduziar dieselben, und zwar die pecunia accepta vermöge jener Fiction des fr. 60 (58) § 3. h. t., wenn er die Quart abzieht, iure hereditario empfängt: wonach denn die Einrechnung in die abgezogene Pegasiana sich von selbst versteht und jene vermeintlichen Unterschiede beider Quarten in Wahrheit nicht vorhanden sind.

Und dem steht nun auch das fr. 91 bei richtiger Auffassung nicht nur nicht entgegen, es dient vielmehr gerade umgekehrt diese Stelle, wie sich ergeben wird, zur weiteren und wesentlichen Unterstützung des hier Ausgeführten.

Marcian handelt in den beiden ersten der oben citirten Sätze von der „quarta pars hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet“, d. i. aber von der quarta Falcidia im Allgemeinen oder von der lex Falcidia in ihrer Anwendung sowohl auf die Legate als auf die Fideicommisse, indem er für dieselbe den Grundsatz aufstellt, daß nur, was der Erbe iure hereditario, nicht, was er iure legati vel fideicommissi vel implendae condicionis caussa empfange, in die Quart einzurechnen sei.

Aber freilich scheint dies mit dem nun Folgenden in auffälligem Widerspruch zu stehen. Denn in dem dritten Satz sagt Marcian, mit einem „sed“ anhebend, daß „sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi, sive praecipere vel deducere vel retinere iussus est“, und in dem fünften Satz (s. Anm. 1), daß auch die accepta pecunia, also ein condicionis implendae caussa datum, in die Pegasianische Quart, („in fideicommissaria hereditate restituenda“) eingerechnet werden müsse. Man scheint daher zu der Annahme gedrängt, daß Marcian entweder von vorneherein in den beiden ersten Sätzen nur diejenige Quart, welche man heutzutage speziell die Falzidische nennt, im Auge gehabt, oder doch, daß er jenen in den ersten Sätzen für beide Quarten ausgesprochenen Grundsatz in dem dritten, bezw. fünften Satz habe beschränken und für die Pegasianische Quart wieder ausschließen wollen.

Allein hiergegen spricht doch sehr bestimmt, einmal, daß die Quellen, wo sie, wie vorliegend, von der lex Falcidia im Allgemeinen reden, darunter überall auch die durch das Sc. Pegasianum auf die Fideicommisse übertragene lex Falcidia mitverstehen, wie sie denn überhaupt nur eine

„quarta Falcidia", nicht eine „Pegasiana" kennen: und sodann, daß es doch sonderbar wäre, wenn Marcian im Eingang des fr. 91 einen allgemeinen Grundsatz für beide Quarten aufgestellt hätte, nur, um ihn im unmittelbar Folgenden für die eine derselben wieder auszuschließen. Es ist deshalb einmal dabei zu beharren, daß Marcian in den beiden ersten Sätzen beide Quarten im Auge habe, dann aber auch zu behaupten, daß er den dort für beide ausgesprochenen Grundsatz durch das im dritten und fünften Satz Gesagte nicht für die Pegasianische Quart wieder aufhebe. So ist es denn auch in Wahrheit.

Die Lösung des ganzen scheinbaren Widerspruches liegt in dem bedeutsamen Gegensatz, welchen Marcian in die Worte „accipit" (erster Satz) und „datum sit" (dritter Satz) gelegt hat und dessen Beachtung für ein richtiges Verständniß der Stelle durchaus unentbehrlich erscheint. Was nämlich der Jurist sagen will, ist dieses: In die Falzidische und Pegasianische Quart werde nur das eingerechnet, was der Erbe iure hereditario, nicht, was er iure legati vel fideicommissi vel implendae condicionis caussa empfange. In die Pegasianische Quart aber („sed") seien auch solche Zuwendungen einzurechnen, welche dem Erben als Legate oder Fideicommisse oder (die pecunia accepta im fünften Satz) als condicionis implendae caussa datum gegeben seien. Daß diese einzurechnenden Zuwendungen auch als Legate oder Fideicommisse oder condicionis implendae caussa datum empfangen würden, ist dagegen mit keinem Worte gesagt.

Das ist nun aber, wie alsbald ersichtlich, ganz der Grundgedanke des über die Einrechnung der hier fraglichen Zuwendungen bisher Ausgeführten (vergl. die nämliche Distinktion auf voriger Seite). Noch deutlicher tritt dies hervor, wenn man den, das Bisherige des Weiteren bestätigenden und zugleich für das nun Folgende bedeutsamen dritten Satz genauer ins Auge faßt. Marcian sagt dort:

> „Sed in fideicommissaria hereditate restituenda, sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi — in quartam id ei imputatur."

Es kann dies natürlicherweise unmöglich heißen sollen, daß alle dem Fiduziar gegebenen Legate oder Fideicommisse in die Pegasianische Quart einzurechnen seien. [3]) Marcian schließt ja auch selbst im unmittelbar folgenden

[3]) Vgl. fr. 74 D. ad leg. Falc. fr. 86 eod. (oben pp. 74 flg.) fr. 18 § 3 D. h. t. 36,1.

vierten Satz die vom Miterben gegebenen Vermächtnißtheile, damit aber, bei gleichem Grunde, überhaupt die vom Miterben oder auch einem sonstigen Honorirten gegebenen Vermächtnisse von der Quart aus. Indessen scheinen doch jene Worte „sive legatum vel fideicommissum“ in einer auffälligen Allgemeinheit gesetzt und es scheint nun hier allerdings der Vorwurf am Platz zu sein, daß der Autor erst eine Behauptung aufstelle, um sie gleich darauf (im vierten Satz), wenigstens theilweise, wieder zu beseitigen.

Allein, wie denn überhaupt das fr. 91 ein vortrefflich gegliedertes Ganze ist, bei welchem wohl jedes Wort und seine Stellung genau erwogen zu sein scheint, so zerstreut sich auch dieser Vorwurf, wenn man nur die Worte „sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi“ in Beziehung setzt zu dem unmittelbar folgenden „sive praecipere vel deducere vel retinere iussus est“. Diese Beziehung aber ergiebt sich folgendermaßen.

In dem ersten Satz hatte Marcian gesagt, daß iure legati vel fideicommissi Empfangenes in die beiden Quarten nicht einzurechnen sei. Nun will er in dem dritten, nicht etwas wirklich Gegensätzliches sagen, sondern nur dem ersten Satz eine ergänzende Bemerkung hinzufügen, diese aber in der feinen und treffenden Form eines scheinbaren Gegensatzes ihm gegenüberstellen. Deshalb beginnt er mit dem adversativen „sed“, setzt dann, an jene Worte des ersten Satzes unmittelbar anknüpfend, die Worte „sive legatum vel fideicommissum“, um hierauf den erwarteten Gegensatz für den aufmerksamen Leser in dem „datum“ zu lösen.

Nachdem aber der Satz soweit vorgeschritten, konnte er doch, in dieser Form trotz des „datum“ immer noch Mißverständnissen leicht ausgesetzt, so nicht stehen bleiben. Und deshalb fügt nun Marcian, die mißverständlichen Worte „sive legatum vel fideicommissum nur bündig und kurz erläuternd, den Passus ein „sive praecipere vel deducere vel retinere iussus est“. Daher will das zweite „sive“ nicht etwa, wie man allerdings ohne diese Erwägungen annehmen müßte, ein zweites Satzglied andern Inhalts einleiten, sondern lediglich eine Wiederholung des ersten, von erläuterndem specielleren Inhalt. Aber freilich auch durch diese Erläuterung war die Gefahr eines Mißverständnisses noch nicht völlig beseitigt: daher der weiter ergänzende, das iure legati vel fideicommissi acceptum noch ausdrücklich von der Quart ausschließende vierte Satz: „Pro ea vero parte, quam accepit a coherede, extra quartam id est, quod a cohere accipitur.“

Die Worte „sive praecipere vel deducere vel retinere" wollen also hiernach, nur im Einzelnen, dasselbe sagen, wie die vorausgehenden „sive legatum vel fideicommissum". Und in der That erschöpfen sie auch deren Inhalt. Denn als solche in die Pegasianische Quart einzurechnende Zuwendungen kommen hier (da die pecunia accepta des fünften Satzes in der Regel ein condicionis implendae caussa datum ist) nur in Betracht einmal das Vorvermächtniß zum eignen Erbtheil des Fiduziars: dieses wird dem Miterben verliehen durch eine praecipienda oder retinenda res. Sodann die eigentliche „Zuwendung": sie wird verliehen dem heres ex asse durch eine praecipienda vel retinenda res oder eine deducenda summa, aber auch dem Miterben (s. die Anm. 17 zum § 6 oben p. 36) durch eine praecipienda, deducenda, retinenda summa.

Diese innige Beziehung der beiden auf einander folgenden Satzglieder gibt nun aber endlich, und darin liegt hier ihr besonderer Werth, eine quellenmäßige Grundlage für die Entscheidung der Frage, welcher Classe von Vermächtnissen die im Bisherigen nur als solche characterisirten, dem Fiduziar gegebenen Zuwendungen im Einzelnen unterzuordnen seien: nicht die Entscheidung selbst oder doch für sich allein, denn diese muß noch mit anderen Gründen unterstützt werden, aber doch eine wichtige Grundlage für dieselbe. Wenn nämlich in dem ersten Satzgliede beide Vermächtnißclassen gegenübergestellt werden, Legat und Fideicommiß, beide Glieder aber einander völlig decken wollen, so folgt daraus, daß auch im zweiten, speziellen Satzglied beide Vermächtnißclassen, also sowohl Fideicommiß wie auch Legat vorkommen müssen. Betrachtet man nun daraufhin die in dem zweiten Glied aufgeführten Zuwendungen, so sind offenbar die beiden letzten, deducta und retenta re vel summa, als nichttechnische Anordnungsworte enthaltend, der freieren Classe der Fideicommisse unterzuordnen. Dann bleibt noch übrig die praecepta res vel summa. Sie steht dem zweiten Glied voran, wie das legatum dem ersten: schon hieraus aber darf gewiß jetzt, wenn nicht überhaupt die ganze vorhin versuchte Auflösung des Marcianischen Gedankenganges in die Irre geführt hat, geschlossen werden, daß Marcian durch diese Voranstellung der praecepta res vel summa diese als ein legatum, wie durch die Nachstellung der deducta und retenta diese als ein fideicommissum bezeichnen wollte.

Und hierin liegt jetzt zuvörderst jene wichtige, weitere Bestätigung des in den früheren Paragraphen Ausgeführten, auf welche bereits (p. 92)

hingewiesen wurde. Denn, ist die praecepta res vel summa ein Legat, dann kann doch für sie — geradesowenig, wie schon für den in die hereditas restituenda fallenden Praelegatentheil im fr. 86 ad leg. Falc. (vgl. oben p. 76) — keinenfalls, für das vorjustinianische Recht, der Fideicommissar als Onerirter gesetzt werden: vielmehr ist jene Annahme eines in der praecepta res vel summa enthaltenen Legates nur unter der Voraussetzung überhaupt möglich, daß der Fiduziar selbst, der Erbe, mit derselben onerirt wurde. Das ist aber zugleich auch für die beiden anderen Zuwendungsarten von Bedeutung: gewiß dürfte bei der, von der Anordnungsform und ihrer unmittelbaren Folge abgesehen, sonst völligen Gleichheit beider Zuwendungsclassen schon hieraus allein geschlossen werden, daß auch mit der deducta summa und der retenta res vel summa nicht der Fideicommissar, sondern gleichfalls nur der Fiduziar belastet wird.

Indessen wichtiger noch, als dieser bestätigende Rückschluß, ist hier, weil für das Folgende bedeutsam, die einfache Thatsache, daß in der praecepta res vel summa ein Legat zu erkennen sei. Ist dies richtig, dann kann weiter darüber, welche der vier Legatsformen hier verwandt sei, kein Zweifel mehr bestehen: das Wort „praecipere" weist mit Bestimmtheit ausschließlich auf das legatum per praeceptionem hin. Die praecepta res vel summa wäre also ein (dem Fiduziar selbst auferlegtes) legatum per praeceptionem.

Dieser Satz aber bildet die Grundlage, von welcher aus nunmehr die oben im § 5 (p. 24) vorgeschlagene Emendation des fr. 31 (30) § 4 zunächst aus dem Inhalt und Zusammenhang der Stelle gerechtfertigt werden soll. Es ist jedoch, ehe dazu übergegangen werden kann, vorher die Annahme, daß hier überhaupt ein Legat und speziell ein Praezeptionslegat vorliege, noch etwas näher zu begründen, und dabei insbesondere ein nicht unwichtiges Bedenken zu beseitigen, welches sich gegen dieselbe erheben könnte.

Es könnte nämlich auffallen, daß, wo in den Quellen der praecepta res vel summa gedacht wird, dies beinahe überall in jener auch im Bisherigen immer beibehaltenen referirenden Form geschieht „praecepta re vel summa restituas". [4]) Dadurch scheint die Vermuthung nahe gelegt — und sie ist nicht nur als etwas Gewisses und Selbstverständliches ausgesprochen, [5]) sondern wird wohl auch die allgemeine sein —, daß

[4]) S. die Stellen der Anm. 14 zum § 6 oben p. 31.

[5]) v. Buchholtz, Prael. Cap. I. p. 10 und öfters.

auch die testamentarische Anordnungsformel, welche für diesen Spezialfall nicht überliefert ist, sich lediglich dieser indirecten Redeweise bedient habe. Damit wäre aber die Annahme eines Legates, welches ja verba imperativa [6]) verlangte, ausgeschlossen.

Allein jener Vermuthung stehen doch erhebliche Gründe entgegen.

Zunächst wird schon in dem oben besprochenen fr. 91, ganz abgesehen von jener Unterordnung der praecepta res vel summa unter die Classe legatum, zugleich auch dies formelle Erforderniß für gewahrt angedeutet in den Worten:

„sive praecipere — iussus est".

Und ebenso heißt es im fr. 125 D. de leg. I.:

„Si heres centum praecipere iussus sit et restituere hereditatem."

Wenn also hiernach gewiß wenigstens Fälle vorkamen, in denen der Erblasser dem Fiduziar zu praezipiren befahl, so wird man wohl schon hiernach auch in den anderen, zum Mindesten aber in den Stellen,[7]) wo zwar ein solcher Befehl nicht besonders erwähnt, dagegen aber die praecepta res ausdrücklich als „praeceptio" bezeichnet wird, wenn man einmal die Möglichkeit eines legatum per praeceptionum im Uebrigen voraussetzen darf, weit eher geneigt sein, auch hier das formelle Erforderniß der verba imperativa für gewahrt zu denken, als mit v. Buchholtz a. a. O. gegen die Verfasser der Stellen den Vorwurf einer gewissen Nachlässigkeit zu erheben.[8])

Endlich aber kann und soll ausdrücklich zugestanden werden, daß die Juristen, welche der praecepta res vel summa nur in jener referirenden Form Erwähnung thun, diese Form wirklich aus der Testamentsformel unmittelbar entnommen haben mögen: damit ist indeß noch nicht gesagt, daß diese letztere die erforderlichen verba imperativa nicht enthalten habe. In dieser Richtung dürfte vielmehr Folgendes zu erwägen sein.

Die praecepta res vel summa ist eine jener dem Fiduziar statt der Quart gegebenen Zuwendungen. Ohne diese Zuwendung würde der Erblasser in Gemäßheit des Sc. Pegasianum dem Fiduziar die Quart selbst haben hinterlassen müssen. Dies Letztere nun konnte der Erblasser dadurch

[6]) Ulp. fragm. XXIV, 1.

[7]) So — auch ohne die Emendation schon — im § 4 und § 5 des fr. 31 (30) s. auch fr. 3 § 4 D. h. t. 36,1.

[8]) S. allerdings Scaevola im fr. 34 § 1 D. de leg. III.

thun, daß er den Fiduziar bat, nicht mehr als den dodrans der hereditas zu restituiren.[9]) Sehr häufig aber wird er sich auch etwa der folgenden Formel bedient haben:

TITIVS HERES ESTO. ROGO TE TITI VT HEREDITATEM MEAM RETENTA QVARTA PARTE SEMPRONIO RESTITVAS.[10])

Namentlich dann wird sich der Erblasser so ausgedrückt haben, wenn es ihm weniger um eine Vertheilung der Erbschaft zwischen Fiduziar und Fideicommissar,[11]) als vielmehr vorzugsweise um die Bedeutung des Fideicommissars zu thun war, wenn er dem Fiduziar die Quart weniger seiner selbst, als des Senatusconsults wegen gab, also insbesondere oft dann, wenn er ihm eben nur die Quart gab. Zog er es nun aber vor, statt der Quart eine Singularzuwendung zu geben, und wählte er dazu das Praezeptionslegat, so liegt es bei der Neigung der Römer, prägnante Formeln zu bilden, sehr nahe, anzunehmen, daß der Erblasser jenes Eintreten der Praezeption an die Stelle der Quart auch äußerlich in der Testamentsformel dadurch zum Ausdruck brachte, daß er die schon errichtete Praezeption noch einmal wiederholte, und zwar an der Stelle, wo sonst die Worte „retenta" oder „deducta quarta parte" gestanden haben würden, und in derseben indirecten Form.[12]) So würde sich etwa folgende Formel des einem Universalfideicommissar statt der Quart verliehenen legatum per praeceptionem ergeben:

TITIVS HERES ESTO. FVNDVM CORNELIANVM PRAECIPITO SVMITO. ROGO TE TITI VT PRAECEPTO FVNDO CORNELIANO HEREDITATEM MEAM SEMPRONIO RESTITVAS.[13])

Daß dann aber der Jurist, welcher einen solchen Fall besprechen wollte, wenn er nicht jenen Satz „si praecipere iussus sit" vorzog, um das Prae-

---

[9]) Ulp. fragm. XXV, 14.

[10]) S. z. B. fr. 86. p. 74 cit. fr. 5 § 15 D. de don. inter vir. et uxor. 24,1. fr. 60 (58) pr. D. h. t. 36,1.

[11]) Vgl. fr. 20 (19) § 1 D. h. t. 36, 1.

[12]) Daß solche Wiederholungen von bereits Gesagtem in Testamentsformeln auch sonst vorkamen, möge beweisen das fr. 88 § 8 = fr. 93 § 5 D. de leg. III.

[13]) Für diese Formel kann auch die Autorität von Arndts angeführt werden, der sie, freilich in andrem Zusammenhang, in seiner Fortsetzung von Glücks Commentar Bd. 47 p. 44 Anm. 72 so aufstellt.

zeptionslegat zu bezeichnen, am Einfachsten und Zutreffendsten der Formel nur die seiner Relation sich anpassenden Worte „praecepto fundo Corneliano“ entnahm, falls ihn nicht etwa einmal ganz besondere Gründe zu noch größerer Deutlichkeit nöthigten: dies liegt so sehr auf der Hand, daß man sich wundern müßte, wenn er ausführlicher wäre.

Liegt daher in Wahrheit durchaus kein Grund vor, aus jener indirekten Redeweise der Quellen gegen das Vorhandensein eines Legates überhaupt und also auch eines legatum per praeceptionem zu argumentiren, so treten andrerseits zu den obigen Quellenzeugnissen noch innere Gründe hinzu, welche dahin schließen lassen, daß römische Erblasser, wo sie einem Fiduziar statt der Quart eine Singularzuwendung geben wollten, gern und häufig gerade die Form eines Praeceptionslegates gewählt haben werden.

Die äußerlich Nächstliegende mag es zwar immerhin gewesen sein, für die statt der Quart gegebene Zuwendung die Anordnungsformel von der Zuwendung der Quart selbst herüberzunehmen, also statt „deducta“ oder „retenta quarta parte“ einfach zu sagen „deducta summa“ oder „retenta re vel summa“. Allein diese Anordnungsworte waren doch nur nichttechnische nnd auch nicht einmal völlig klare, insofern sie sich eigentlich nur nothdürftig dem Begriff eines Singularfideicommißes unterordnen ließen. Die Römer aber liebten es, vornehmlich in ihren Formeln, streng logisch und zugleich streng technisch sich auszudrücken. Und dieses Bestreben gerade mußte sie hier auf das legatum per praeceptionem hinführen.

Was der Fiduziar thun sollte, war ja eben dies, daß er restituire, bei der Restitution aber Etwas von den übrigen Erbschaftsgegenständen für sich aussondere, oder, daß er Etwas für sich vorwegnehme und dann erst restituire. Wie der Miterbe und Praezeptionslegatar Etwas vor der Erbschaftstheilung für sich vorwegnehmen sollte, so der Fiduziar vor der Restitution, die ja, dem thatsächlichen Erfolg nach, auch eine Theilung der Erbschaft, wenigstens der Nachlaßmasse enthielt (vgl. oben p. 71). Durch klare Vergegenwärtigung dieses seines Willens wurde dem Erblasser das Wort „praecipere“ eigentlich in den Mund gelegt. Es war dies aber nicht nur ein seinem Willen logisch vortrefflich entsprechendes, sondern zugleich ein streng technisches Wort. Und wenn dies wohl einem römischen Erblasser schon an sich selbst von Bedeutung scheinen mochte, so war es doch namentlich für den Fall von besondrem Werthe, wo der Fiduziar noch Miterben hatte. Zwar konnte ja dieses legatum per praeceptionem auch als eigentliche „Zuwendung“ dem Fiduziar und

heres ex asse gegeben werden und wurde ihm gewiß vielfach gegeben: denn auch hier drückte es den erblasserischen Willen nicht minder entsprechend, als eine deducenda summa oder eine retinenda summa vel res, und zugleich am Energischsten aus. Hatte indessen der Fiduziar Miterben, dann war nun doch diesen gegenüber in eine retinenda res (nicht summa: s. oben p. 36) wirklich nur mit Noth ein Fideicommiß hineinzuinterpretiren: denn nicht nur, daß die Miterben um Nichts gebeten waren, auch dem Fiduziar selbst war nur gesagt worden, daß er Etwas einbehalten, nicht, daß er Etwas bekommen sollte. Dagegen enthielt aber ein legatum per praeceptionem gerade zunächst gegenüber den Miterben ein vollwichtiges Vermächtniß.

Durch diese Erwägungen dürfte nunmehr hinreichend nachgewiesen sein, daß unter der „praecepta res vel summa" der Quellen, zum Mindesten da, wo sie ausdrücklich als „praeceptio" bezeichnet oder wo von einem „praecipere iubere" die Rede ist, aber überhaupt wohl überall ein legatum per praeceptionem nicht allein verstanden werden kann, sondern wohl auch, sollten nicht etwa in einem einzelnen Fall ganz besondere Gegengründe vorliegen, verstanden werden muß.

Und dies denn auch insbesondere in dem emendirten, von einer „praeceptio" gerade redenden fr. 31 (30) § 4, auf welchen jetzt zurückzukommen ist. Tritt man aber mit dieser Auffassung an den § 4 heran, dann und eben dann erst erhält derselbe einen nicht nur in sich selbst verständlichen und guten, sondern zugleich auch mit dem voraufgehenden und nachfolgenden Paragraphen des fr. 31 (30) in nahem inneren Zusammenhang stehenden Inhalt.

Im § 3 des fr. 31:

„Multum interest, utrum quarta [14]) pars iure hereditario

---

[14]) Die Florentina hat hier „qua", Mommsen hat das „quarta" der Vulgathandschriften restituirt. Indessen bleibt es zweifelhaft, ob nicht Tribonian wirklich „qua" geschrieben habe. Er konnte so schreiben, Marcian dagegen — und darauf kommt es im Texte allein an — muß „quarta" geschrieben haben, da er mit einem „qua" etwas für seine Zeit Unrichtiges gesagt hätte. Denn ein größerer Theil der hereditas, als der dodrans, konnte erst seit Justinian ex Trebelliano restituirt werden (Gai. II §§ 256, 257. §§ 6, 7 J. de fid. her. 2,23): was doch Marcian im § 3 mit einem „qua" (denn es ist dort eben von der Restitution ex Trebelliano, nicht etwa ex Pegasiano die Rede: s. u. p. 101) schon für das vorjustinianische Recht behaupten würde; aber für das Justinianische Recht konnte allerdings nun ein „qua" geschrieben

> retineatur an vero in re vel pecunia: nam superiore casu actiones dividuntur inter heredem et fideicommissarium, posteriore vero apud fideicommissarium sunt actiones."

sagt Marcian, es sei ein großer Unterschied, ob die quarta pars, d. i. hier allgemein der vierte Theil des Erbschafts werthes, vom Fiduziar iure hereditario einbehalten werde, oder in einer Sache oder Summe, d. h. also, ob der Erbe nur den dodrans restituire oder aber die tota hereditas unter Einbehaltung einer jener ihm statt der Quart gegebenen Zuwendungen: in jenem Falle würden die Erbschaftsklagen zertheilt, in diesem giengen sie ganz auf den Fideicommissar über.

Darauf fährt Marcian im § 4 fort:

> „Et heres institutus rogatusque hereditatem restituere praecepta aliqua summa vel re: etiam si in praeceptione minus, quam quarta pars esset: non amplius praeceptione (nicht „principem pati") vindicaturum".

„Vindicaturum", dieses nachdrücklich gesetzte Schlußwort ist es, auf dessen Bedeutung es für den Inhalt des § 4 ganz vorzugsweise ankommt. Gibt man ihm nämlich, wie dies bisher überall geschieht, nur den allgemeinen, nichttechnischen Sinn von „geltend machen", „einfordern", dann freilich enthält auch der emendirte § 4 ebensowenig einen verständlichen und richtigen Sinn, als dies oben (§§ 2, 3) von dem Florentinischen und dem Text der Vulgathandschriften festgestellt wurde. Denn, daß der Fiduziar, wenn die praecepta res den Werth der Quart nicht erreiche, nun doch nicht Mehr als die Praezeption fordern — könne — denn dies Letztere würde doch offenbar gesagt sein wollen, es wäre absurd, auch hier wieder, wo der Kaiser doch elidirt ist, an eine Liberalitaet des Erben zu denken —: das wäre vollkommen unrichtig, da er ja unzweifelhaft Mehr, nämlich die Quart selbst, einbehalten darf.

werden. — Nur, wenn der Fiduziar die ihm auferlegte (fr. 65 (63) § 3 h. t.) Restitution der tota hereditas vollziehen, also völlig aufhören will, Erbe zu sein, erkannte man schon vor Justinian eine Ausnahme an (fr. 20 D. quae in fr. cred. 42,8. Paul. rec. sent. IV, 3 § 2: „magis est" und der trotzdem noch vorsichtige Modestin im fr. 47 (45) h. t.): das ist aber auf den den dodrans übersteigenden Erbtheil nicht auszudehnen. — Das jedenfalls ursprüngliche, Marcianische „quarta" ist aber auch daran zu erkennen, daß der Autor offenbar die beiden Fälle gegenüberstellen will, wo die — doch statt der Quart, nicht eines beliebigen Theils der hereditas — gegebene res vel pecunia, und wo — nicht ein beliebiger Theil („qua pars") —, sondern der dem entsprechende, d. i. die Quart, einbehalten wird.

Aber die richtige Bedeutung erhält das „vindicaturum“ eben erst dann, wenn man unter der praecepta summa vel res ein legatum per praeceptionem versteht. Das legatum per praeceptionem erzeugte, wenigstens nach der zu Marcians Zeit längst feststehenden Theorie des classischen Rechts, [15]) gleich dem legatum per vindicationem, die rei vindicatio, also ein vindicationsweise geltend zu machendes Vermächtnißrecht. Wenn daher Marcian im § 4 sagt, der Fiduziar werde nicht Mehr, als die praeceptio vindiziren — können, so heißt das m. a. W., er könne auf Grund des ihm verliehenen Vermächtnißrechtes nicht Mehr einfordern, oder auch, er könne, wenn er als Legatar auftrete, nicht Mehr verlangen.

Auf diesem Wege bekommt der § 4 folgenden Inhalt:

Und natürlich („et“) kann (gleich „wird mit Erfolg“, in dem Futurum liegend) der Fiduziar, wenn ihm in dieser Weise (wie im § 3) eine praeceptio, ein legatum per praeceptionem, gegeben ist, sofern er als Legatar auftreten will, nur die praeceptio selbst fordern und Mehr, als diese, auf Grund des ihm verliehenen Vermächtnisses auch dann nicht, wenn in der praeceptio Weniger enthalten sein sollte, als der Werth der Quart.

Der innere Zusammenhang zwischen dem § 3 und § 4 ist jetzt alsbald ersichtlich. Dort bespricht Marcian zunächst den Fall, wo der Fiduziar unter Einbehaltung der ihm vom Erblasser gegebenen Quart den dodrans der hereditas ex Trebelliano restituirt, und im Anschluß daran den andren, wo unter Einbehaltung einer statt der Quart gegebenen Singularzuwendung die hereditas als tota restituirt wird: und zwar stellt er diesen letzteren, dem ersten ganz entsprechend, so dar, wie er sein soll, daß nämlich die Zuwendung wirklich den Werth der Quart erreicht, daß der Fiduziar in ihr die volle Quart einbehält. Im § 4 geht er sodann zu dem Fall über, wie er sein kann, daß nämlich der Werth der Quart den der Singularzuwendung übersteigt. Und hierüber spricht er sich im § 4 selbst zunächst nur negativ, d. i. dahin aus, was hier nicht ge-

[15]) S. Papinian in der cst. 12 C. de leg. p. 46 cit. und über den Streit der Rechtsschulen Gai. II. §§ 216 bis 223. Daneben hatte der Praezeptionslegatar und Miterbe noch die familiae erciscundae (fr. 22 § 1 fr. 25 § 22 fr. 28 D. fam. erc. 10,2), wie ja überhaupt der Praelegatar (fr. 33 eod.) und auch der Praefideicommissar (fr. 77 pr. D. de leg. II), wenn sie Miterben waren.

schehen könne: der Fiduziar könne hier nicht unter Berufung darauf, daß ihm die Quart gebühre, die Differenz zwischen ihr und der ihm gegebenen praeceptio einfach auf Grund seines Vermächtnißrechtes, d. h. so beanspruchen, daß nun doch durch die Restitution die Erbschaftsklagen ganz auf den Fideicommissar übergingen.

Dies ist nun aber zunächst nichts Andres, als lediglich eine Anwendung des im fr. 75 ad leg. Falc. (s. oben pp. 30 flg.) ausgesprochenen Grundsatzes, daß der Erbe, dem ein Vermächtniß statt der Quart gegeben wurde, nur zwischen beiden wählen, nicht Beides zugleich einfordern kann: will der Fiduziar als Legatar auftreten, so kann er eben nur das Legat beanspruchen, nicht einmal das „amplius", die Differenz zwischen Vermächtniß und Quart, geschweige denn die letztere ganz und nebenher. Und hierdurch erklärt sich jetzt auch in einfacher Weise die Stellung des „non" vor „amplius" (s. oben pp. 5, 10 und öfters). Denn das soll vor Allem gesagt werden, daß der Fiduziar — als Legatar — nicht Mehr, als, daß er nur das Legat fordern, nicht etwa darauf, daß er Mehr nicht vindiziren könne.

Aber freilich liegt auch auf dem „vindicaturum" eine, nur leichtere, Betonung. Dieses Wort enthält die Voraussetzung der ganzen Entscheidung des § 4, daß nämlich der Fiduziar als Legatar auftreten wollte; es leitet jetzt auch von dem § 4 zum § 5 über. Wenn nämlich der § 4 lediglich den negativen Ausspruch enthält, was hier nicht geschehen könne, so gibt der § 5 nunmehr die positive Auskunft, was hier geschehen könne, d. h., was der Fiduziar thun müsse, um doch Mehr, als die praeceptio zu erhalten.

Marcian fährt nämlich fort:

> „Sed et si sine ulla praeceptione rogatus fuerit hereditatem restituere, plerumque quarta donata est a principibus: et ita divus Traianus et Hadrianus et Antoninus rescripserunt."

Daß zunächst dieser § 5 unmittelbar an den Fall des § 4 anknüpft und über diesen etwas Weiteres sagen will, beweist einmal sein Vordersatz, in welchen das Subject direct aus dem § 4 herübergenommen wird, und sodann der Umstand, daß auch hier, nicht von irgend einer anderen der dem Fiduziar statt der Quart zu gebenden Singularzuwendungen, sondern wieder speziell, wie im § 4, von jener statt der Quart gegebenen praeceptio die Rede ist.

Indessen enhält allerdings nun der § 5 jene positive Auskunft über den Fall des § 4 nicht so ganz unmittelbar. Sie ist jedoch zu finden in diesem, vom § 4 zum § 5 überleitenden Gedanken:

Aber freilich („sed") kann der Fiduziar hier doch Mehr, als die Praezeption erhalten, wenn er nur statt dieser die Quart einbehält, was ihm unbenommen bleibt.

Denn, so fährt Marcian, diesen Gedanken einschließend, im § 5 fort (das „sed" auch hier zugleich causal, vgl. oben p. 83), das Recht auf die Quart ist dem Fiduziar schon sehr häufig und von mehreren Kaisern selbst in dem Falle zugebilligt worden, wo er gebeten war, ohne jede praeceptio, oder, wie man im Deutschen allgemeinen sagen kann, Vorwegnahme (Marcian hatte kein allgemeineres Wort, setzte aber das „praeceptione" und nicht ein „retentione" oder dgl., weil er oben ganz unmittelbar in dem Gedanken des § 4 fortfährt) die Erbschaft zu restituiren.

Dies ist nämlich die Auslegung, welche dem § 5 hier gegeben werden soll. Zu den bisherigen Interpretationen desselben möge Folgendes bemerkt werden.

Mit Recht nimmt Cujazius [16]) an, daß der Erbe gebeten worden, ohne jede Praezeption zu restituiren, und nicht, wie die italienische Doctrin [17]) und v. Buchholtz [18]), er sei gebeten, zu restituiren, ohne daß ihm eine Praezeption gegeben worden.

Gewiß unrichtig aber ist die weitere Ansicht des Cujaz, daß unter jener Voraussetzung die Kaiser Trajan, Hadrian und Antoninus „plerumque" dem Fideicommissar die Quart geschenkt, dem Fiduziar sie entzogen hätten. Es ist kaum ersichtlich, wodurch sich in einem einzelnen Fall ein derartiger Eingriff in das Pegasianische Recht des Fiduziars habe rechtfertigen können. Daß er aber, „plerumque", d. i. doch mindestens „sehr häufig" und nicht, wie es Cujaz freilich, nachdem er bereits zum § 4 unberechtigte Weise ein „plerumque" ergänzt (s. oben p. 7), vorsichtig umschreibt, „nonnumquam", vorgekommen, ist umsomehr in Abrede zu stellen, als der Autor der Stelle doch keinenfalls in dieser Bemerkung eine wenig erfreuliche historische, practisch werthlose Notiz geben, sondern, wenn

---

[16]) Expositio novellar. ad nov. I., s. auch oben p. 6.

[17]) S. den casus zu den §§ 3, 4, 5 des fr 31 (30).

[18]) Prael. Cap. XIX bei und in Anm. 90.

nicht geradezu einen durch häufige Uebung entstandenen Rechtssatz, so doch mindestens ein nachahmenswerthes Vorbild kaiserlicher Rechtsfortbildung hätte aufstellen wollen. Eine solche allgemeine Beschränkung des Pegasianum aber ist gewiß undenkbar: Die Bestimmung der nov. I. c. 2 § 2, daß der Erblasser fortan den Abzug der Quart gültig verbieten könne, wäre dann wenigstens für die Universalfideicommisse kaum noch nöthig gewesen.

Ebensowenig indeß, als diese Cujazische, ist die bereits oben (s. p. 13) berührte, von den italienischen Juristen und v. Buchholtz vertretene und, wie es scheint, h. z. T. allgemein verbreitete Auslegung des § 5 anzuerkennen, nach welcher die drei Kaiser, als Fiduziare, auch wenn ihnen gar Nichts hinterlassen worden, doch meistentheils dem Fideicommissar die Quart geschenkt hätten. Aus dem Text selbst läßt sie sich freilich nicht widerlegen, vielmehr ist einzuräumen, daß sie zu demselben vollkommen paßt. Auch ist von diesem Inhalt des § 5, an sich selbst betrachtet, keinenfalls zu sagen, daß er irgend eine Unrichtigkeit enthalte. Insbesondere kamen Erbeseinsetzungen eines Kaisers nicht selten vor, wenn sie auch wohl mehr den Zweck hatten, den Kaiser wirklich zu bedenken, als ihn lediglich als Mittelsperson gegenüber einem dritten Fideicommissar zu gebrauchen. Allein, dies Alles zugegeben, so würde man doch auch hier, wie oben (pp. 14, 15) bei der von denselben Autoritaeten vertretenen Auslegung des § 4, wieder fragen müssen, welchen Zweck die Aufnahme einer solchen Erzählung von kaiserlicher Liberalitaet in die Digesten haben solle. Und diese Frage wäre wohl hier ebensowenig genügend zu beantworten, wie oben beim § 4.

Gänzlich unnatürlich ist endlich die Erklärung, welche Anton Faber [19]) dem § 5 gibt, indem er nur eine theilweise Belastung der drei Kaiser, aber über den dodrans hinaus, ohne Hinterlassung einer Praezeption annimmt und meint, daß sie sich hier mit der restirenden Erbschaftsquote statt der Quart benügt hätten. Hier werden wieder, von allem Anderen abgesehen, Voraussetzungen in den Text hineingetragen, die nirgends in demselben auch nur angedeutet sind.

Was aber die hier vertretene Auslegung betrifft, so entspricht dieselbe nicht allein einerseits den Wortlaut des § 5 in gewiß nicht minderem Grade, als die der Italiener, sondern, was am Erheblichsten für sie be-

[19]) Coniect. lib. 18 c. 12.

weisen dürfte, erst durch sie wird jener innige Zusammenhang hergestellt, welcher schon nach der ganzen Fassung des § 5 zwischen ihm und dem § 4 nothwendig angenommen werden muß.

Nur Eins freilich könnte man vielleicht gegen sie einwenden wollen, daß nämlich der nach ihr im § 5 ausgesprochene Rechtssatz, daß der Fiduziar, nach vorjustinianischem Recht (s. hierzu die Bemerkung p. 106), auch gegen den bestimmt ausgesprochenen Willen des Erblassers die Quart einbehalten dürfe, als ein zu selbstverständlicher und kaum der Erwähnung von Seiten Marcians und in den Digesten, noch viel weniger kaiserlicher Bestätigung bedürftig erscheine. Allein jene Selbstverständlichkeit kann zugegeben, und doch dies Alles recht wohl erklärt werden.

Was zunächst die kaiserliche Bestätigung anlangt, so finden sich in den Quellen Aussprüche der Kaiser über Fragen, welche, wie noch ausdrücklich hervorgehoben wird, dem Gebiete des „certum et indubitatum ius" angehören, nicht selten. [20]) Und dies ist auch ganz natürlich. Es konnten ja auch rechtlich durchaus einfache Rechtsfälle, die nur vielleicht thatsächlich einigermaßen verwickelt waren, recht wohl einmal und auch, wie der § 5 besagt, in einer Mehrheit von Fällen, sei es im Instanzenzeug oder, bis auf Justinian, [21]) auch im Wege der consultatio vor den Kaiser gelangen. Wurden sie nun von den Kaisern entschieden, so sprachen dieselben also in ihrer Entscheidung nicht einen neuen, sondern einen bereits allgemeinen anerkannten Rechtssatz aus. Wenn aber dann spätere Juristen eine solche kaiserliche Entscheidung citirten, so geschah dies nicht in der Meinung, als wollte sie die Entstehungsquelle des Rechtssatzes anführen, sie citirten nur eine Erscheinungsquelle und dann natürlich die angesehenste, als welche die spezielle kaiserliche Entscheidung um so gewisser überall da gelten mußte, wo es, wie vorliegend, an einem speziellen gesetzlichen Ausspruch über die betreffende Frage fehlte.

Sollte es indessen noch eines weiteren Beweises für die Möglichkeit des hier behaupteten Inhaltes der im § 5 erwähnten kaiserlichen Entscheidungen bedürfen, so möge auf den sehr nahe verwandten Fall der cst. 11 C. ad leg. Falc. 6, 50 hingewiesen werden, in welchem Gordian, also ein Jahrhundert später, als die im § 5 zuerst genannten zwei Kaiser, ent-

---

[20]) S. z. B. cst. 1 C. de her. vel act. vend. 4,39. cst. 2 C. ad leg. Falc. 6,50 cst. 2 C. h. t. 6,49 und öfters.

[21]) S. nov. 113 und 125.

scheidet, daß der Fiduziar die Quart auch über die gegebene Singularzuwendung hinaus geltend machen könne: ein Satz, der zu Gordians Zeit [22]) gewiß nicht minder unbestritten war, als der im § 5 ausgesprochene für die Zeit Trajans.

Ist es sonach durchaus glaublich, daß die Kaiser Trajan, Hadrian und Caracalla mannigfach — denn „plerumque" heißt nicht nothwendig „meistentheils", sodaß damit etwa entgegengesetzte Entscheidungen als auch erfolgt angedeutet würden — Veranlassung gehabt haben, jenen Rechtssatz auszusprechen, so läßt es sich andererseits auch erklären und genau nachweisen, warum Marcian diesen an sich so selbstverständlichen Satz doch und zwar gerade an dieser Stelle anführt. Marcian bezweckt damit offenbar weiter Nichts, als etwaige unrichtige Folgerungen, welche — trotz des „vindicaturum" — aus dem § 4 dahin gezogen werden könnten, daß nun überhaupt der Fiduziar nicht Mehr, als die praeceptio geltend machen könne, zu vermeiden; er will den nur negativen Ausspruch des § 4 durch einen positiven Ausspruch ergänzen und thut dies, indem er durch das so selbstverständliche plus (Befehl, Nichts zu praezipiren) des § 5 desto stärker für das minus (Verleihung der praeceptio) des § 4, durch den selbstverständlichen Anspruch auf die Quart im § 5 um so stärker für diesen Anspruch auch im § 4 beweist. Der § 5 soll daher überhaupt keine selbstständige Bedeutung haben, sondern lediglich die einer ergänzenden Bemerkung zum § 4.

Noch möge angefügt werden, daß dem hier aufgestellten Inhalt des § 5 keinenfalls entgegengehalten werden darf, daß er mit dem Justinianischen Recht im Widerspruch stehe. Dies letztere ist allerdings richtig, aber das Recht, dem der § 5 widerspricht — die Bestimmung nämlich, daß der Erblasser den Quartabzug gültig verbieten könne — wurde erst eingeführt nach Edition der Digesten durch die nov. I. c. 2 § 2.[23]) —

Hiermit sind Inhalt und Zusammenhang des emendirten § 4 ausführlich erläutert und nachgewiesen. Nur das darf noch wenigstens nicht ganz unerwähnt bleiben, daß die technische Bedeutung der Wörter „praeceptio" und „vindicaturum", welche die wesentlichste Grundlage der obigen

---

[22]) S. fr. 30 (29) D. h. t. cf. § 3 J. quib. mod. test. inf. 2,17 (Marcian, bezw. Severus und Caracalla), vgl. fr. 1 § 16 h. t. (Ulpian, s. dazu unten im § 11).

[23]) Vergl. auch fr. 27 D. ad leg. Falc. 35,2.

Interpretation bildete, nach den bekannten Neuerungen Justinians im Gebiete des Vermächtnißrechtes [24]) für das Justinianische Recht sich fast völlig verloren hat. Indessen ist dies für das materielle Ergebniß des § 4 ohne Einfluß, es ist darum nicht minder richtig geblieben, daß der Universalfiduziar, dem statt der Quart ein Vermächtniß gegeben ist, wenn er als Vermächtnißnehmer auftreten will, nicht Mehr, als das Vermächtniß fordern kann.

---

§ 10.

Diplomatische Rechtfertigung der Emendation.

Wenn durch das Bisherige an Stelle der als unmöglich richtig nachgewiesenen Worte „principem pati" ein „praeceptione" als die mit sachlicher Wahrscheinlichkeit ächte Lesart des fr. 31 (30) § 4 zu rechtfertigen versucht wurde, so bleibt nun noch die Frage zu beantworten, wie die ausnahmslose Verdrängung dieses ächten durch jene so völlig unverständlichen Worte in den überlieferten Handschriften diplomatisch zu erklären sei, wie die überlieferte Lesart an Stelle jener ächten entstehen konnte.

Hierfür soll die folgende Sigle:

$\bar{\text{P}}$CPTE

zum Ausgangspunct genommen und nachgewiesen werden, daß diese Sigle einen Uebergang der ächten in die überlieferte Lesart vermittelt habe. Im Einzelnen ist daher nachzuweisen, einmal, daß jene Sigle, und zwar in einer Vorgängerin der Florentinischen Handschrift, an Stelle des ursprünglichen Wortes „praeceptione" gestanden habe, und ferner, daß und wie dann durch dieselbe die überlieferte Lesart „princicipem pati" veranlaßt worden sei.

Die folgenden Erörterungen zerfallen hiernach in zwei Abschnitte.

Zum ersten, dem Nachweis, daß obige Sigle in einer Vorgängerin der Florentina ein ursprüngliches „praeceptione" dargestellt habe, bleibt

---

[24]) cst. 1 C. comm. de leg. et fideic. 6,43.

nachdem die grundlegenden sachlichen Erwägungen, nach welchen das „praeceptione" als die allein richtige Lesart erscheinen muß, wie schon erwähnt, bereits im vorigen Paragraphen erbracht worden sind, nur übrig, die hier proponirte Unterstellung der obigen Sigle anstatt dieses „praeceptione" als eine diplomatisch mögliche und zulässige nachzuweisen.

Der zweite Theil dagegen, der Nachweis, daß und wie dann durch jene Sigle, die überlieferte Lesart „principem pati" veranlaßt worden sei, wird außer der diplomatischen Möglichkeit einer Auflösung der Sigle in diese Worte zugleich diejenigen sachlichen Gründe darzulegen haben, durch welche ein Abschreiber der jene Sigle enthaltenden Handschrift zu dieser falschen Auflösung, nach zu erweisender Wahrscheinlichkeit, sich verleiten ließ.

Ergibt sich dann aber hieraus das Resultat, daß die diplomatisch mögliche Sigle für die mit sachlicher Wahrscheinlichkeit ächte Lesart „praeceptione" in diplomatischer Möglichkeit und sachlicher Wahrscheinlichkeit die sachlich unverständliche Lesart „principem pati" veranlaßt habe, dann wäre durch diesen Nachweis ihrer illegitimen Entstehung nun auch der Schein von äußerer Autoritaet, den etwa diese allgemein überlieferte Lesart als solche trotz ihrer zweifellosen sachlichen Unverständlichkeit noch in Anspruch nehmen könnte, zerstört, damit aber ihre Beseitigung und Ersetzung durch jenes, alle sachlichen Zweifel zerstreuende und nun auch in seiner Originalitaet diplomatisch wahrscheinliche „praeceptione" nach allen Seiten hin genügend begründet.

Dem Allen vorgängig ist indessen zunächst die wichtige Vorfrage zu entscheiden, in welche Zeit man die Entstehung und die falsche Auflösung der obigen Sigle, speziell, ob man sie in die Zeit vor oder nach der Compilation anzusetzen habe. Die Wahrscheinlichkeit, mit der man sich hier wird begnügen müssen, spricht für das Letztere und deshalb wird auch diese Annahme dem Folgenden zum Grunde gelegt werden. Denn wenn auch freilich, wie sich noch im Einzelnen ergeben wird, die Sigle an und für sich schon in der Zeit vor Justinian geschrieben sein könnte, so läßt sich doch andererseits, zumal nach dem unten (p. 114) Darzulegenden die richtige Auflösung derselben bei nur einiger Vertrautheit mit dem classischen römischen Recht außerordentlich nahe lag,[1]) nicht wohl annehmen, weder,

[1]) Gerade dieser, im Folgenden sich noch näher ergebenden, besonderen Qualification des zu behauptenden Irrthums halber dürfte der hier vertretenen Annahme auch der Aus-

daß die Sigle schon vor Justinian falsch aufgelöst und diese Auflösung dann von den Compilatoren gebilligt worden sei, noch auch, daß die Compilatoren selbst die etwa von ihnen noch vorgefundene Sigle falsch aufgelöst hätten. Vielmehr ist nach dem Stande der vorjustinianischen und Justinianischen Jurisprudenz wenigstens als das Wahrscheinlichere zu unterstellen, daß in der Compilation selbst das hier restituirte richtige Wort „praeceptione', gestanden, daß dasselbe aber in einer späteren Handschrift, und zwar einer Vorgängerin der Florentina, durch die obige Sigle dargestellt worden sei, deren falsche Auflösung dann in die dependirenden Handschriften und insbesondere in die Florentinische die unächten Worte „principem pati" eingeführt habe.

Dieser Annahme darf nun aber weiter auch nicht das entgegengehalten werden, daß Justinian bekanntlich die Verwendung der Siglenschrift unter Androhung schwerer Strafen verbot. [2]) Denn dieses Verbot hat ohne Zweifel keinen durchgreifenden Erfolg gehabt. Es steht vielmehr nicht nur fest, daß überhaupt Digestenhandschriften, und zwar keineswegs geringwerthige, mit Siglen angefertigt worden sind [3]) sondern es ist auch aus einigen Unklarheiten der Florentina wenigstens der Rückschluß gestattet, daß gerade diejenigen Handschriften, auf welchen die Florentinische unmittelbar oder mittelbar beruht, hin und wieder Siglen enthalten haben müssen.[4]) Finden sich doch überdies, wofür noch unten ein für das Folgende werthvolles Beispiel angeführt werden wird, sogar in der Florentina selbst einige Siglen, freilich „perpaucae non tam rarae quam singulares omnes." [5])

Wenn somit die Annahme einer Entstehung von Siglen erst in den Digestenhandschriften durch jenes Justinianische Verbot im Allgemeinen keineswegs ausgeschlossen wird, so rechtfertigt sich nunmehr speziell die Unterstellung der obigen aus folgenden Gründen.

---

spruch Mommsens (in der praefatio zur großen Ausgabe p. XXXIV in Note 3) nicht entgegenstehen, daß die falsche Auflösung von Siglen im Text der Fragmente überall eher den Compilatoren selbst zur Last zu setzen sei, als den Schreibern. Es wäre eben hier eine nicht wohl abzuweisende Ausnahme zu constatiren, freilich immer nur der Wahrscheinlichkeit nach, denn Gewißheit wird sich über diesen, wie manche andere noch zu berührenden Puncte schwerlich erreichen lassen.

[2]) cst. Tanta und Δέδωκεν § 22 vgl. cst. 2 C. de vet. iure enucl. 1,17.

[3]) Z. B. der liber Neapolitanus, vergl. Mommsen l. c. pp. XXXIV, XXXX.

[4]) S. hierüber Mommsen l. c. p. XXXIV bei und in Note 3.

[5]) Das. bei und in Note 2.

Die Sigle P̄CPTE, die also das Wort „praeceptione" darstellen soll, zerlegt sich danach in zwei Theile, in die Abkürzung für das Stammwort — ceptione: CPTE und die für die Praeposition prae: P̄.

Die letztere zuvörderst ist die im Mittelalter und insbesondere schon vor dem sechsten Jahrhundert in der schon damals allgemein verbreiteten Unzialschrift gewöhnlichste Abkürzung für prae, wenn auch, namentlich in noch früherer Zeit, noch andere Formen neben ihr vorkommen.[6]) Das p dient nun aber außer dieser noch einer Reihe von Abkürzungen anderen Sinnes zur Grundlage, welche sich in gleicher Weise so an dasselbe ansetzen, daß, bei bloßer Hinzufügung verschieden gestalteter Striche oder Schlingen und dergl., das p selbst das alleinige Substrat der betreffenden Sigle bildet. So steht p mit geringen Zusätzen insbesondere, was hier von Interesse ist, außer für prae noch für die Praepositionen pro und per; und zwar wird pro regelmäßig dargestellt durch folgende Siglen: ꝓ, ꝓ, ꝓ, per aber durch ꝑ.

Diese dreierlei Siglen für pro, per und prae scheinen nun für den Digestentext nicht ohne nachtheiligen Einfluß geblieben zu sein. Es ist nämlich eine auffallende, schon bei Durchsicht weniger Bücher wahrzunehmende Erscheinung, daß die Digestenlesarten ganz außerordentlich häufig zwischen jenen drei Praepositionen schwanken. Ohne daß hier überall auf Vollständigkeit der Aufzählung Anspruch erhoben würde, sind im Einzelnen nicht weniger als 49 Stellen [7]) anzuführen, in denen sich pro und per,

---

[6]) Vergl. über das Palaeographische überall **Wattenbach**, Anleitung zur lateinischen Palaeographie, 3. Aufl. Leipzig 1878.

[7]) Es sind dies — wobei noch bemerkt wird, daß hier, wie in den beiden folgenden Anmerkungen die Florentinische Lesart überall vorangestellt ist —: D. fr. 1 or. iur. 1,2 (producunt — perd.) fr. 17 § 1 de adopt. et emanc. 1,7 (permittenda — prom.) fr. 6 § 3 de off. procons. et leg. 1,16 (producenda — perd.) fr. 14 de off. praes. 1,18 (per immanitatem — pro immanitate) fr. 3 de in integr. rest. 4,1 (promittuntur — perm.) fr. 37 § 1 minor. 4,4 (produxerit — perd.) fr. 32 § 18 de rec. arb. 4,8 (procuratores — per cur.) fr. 62 pr. R. V. 6,1 (pervenit — prov.) fr. 2 pr. quib. mod. ususfr. 7,4 (propria — per propr.) fr. 29 § 2 eod. (per te — pro te) fr. 32 de serv. praed. rust. 8,3 (per partem — pro parte) fr. 34 pr. eod. (pro parte — per partes) fr. 11 § 1 comm. praed. tam urb. 8,4 (si prope — si per) fr. 4 pr. de lege Rhodia 14,2. fr. 60 § 6 loc. cond. 19,2. fr. 49 de evict. 21,2. fr. 6 de coll. bonor. 37,6. fr. 1 de fideic. libertat 40,5. fr. 82 § 1 V. O. 45,1. fr. 141 § 2 eod. fr. 15 pr. de lege Cornel. de fals. 48,9. fr. 29 eod. fr. 9 pr. de vacat. et excusat. mun. 50,5. fr. 205 R. J. 50,17 (über-

ferner 22 Stellen, [8]) in denen sich pro und prae, endlich gleichfalls 22 Stellen, [9]) in denen sich per und prae in den verschiedenen Lesarten

all proinde—perinde) fr. 1 § 1 de in rem verso 15,3 (promissa—perm.) fr. 65 § 7 pro socio 17,2 (procuratorem — per proc.) fr. 71 pr. eod. (proscripserunt—perscr.) fr. 58 § 1 de iure dot. 23,3 (permisit—promiserit.) fr. 4 de insp. ventre 25,4 (perspiciendum — prosp.) fr. 20 § 3 qui test. fac. poss. 28,1 (perhibendis — proh. fr. 35 § 4 de hered. inst. 28,5 (per eam — pro ea) § 5 eod. (provectae — perv.) fr. 102 de leg. I (perductus — profectus) fr. 76 pr. de leg. II (pertulisset — prot.) fr. 77 § 24 eod. (prohibendo — perh.) fr. 41 § 9 de leg. III (persequi — pros.) fr. 1 § 1 de legat. praest. 37,5 (prosecutus — pers.) fr. 1 § 19 de ventre in poss. 37,9 (produci — perd.) fr. 2 unde cogn. 38,8 (promittit — perm.) fr. 1 pr. de operis novi nunc. 39,1 (promittitur — perm.) fr. 7 § 4 de adquir. rer. dom. 41,1 (perruperit — prorup.) fr. 132 pr. V. O. 45,1 (prospicio — persp.) fr. 15 § 44 de iniur. 47,10 (promittet — perm.) fr. 41 eod. persequatur — pros.) fr. 7 de cust. et exhib. reor. 48,3 (procecutoribus — pers.) fr. 14 § 7 eod. (prodiderit — perd.) fr. 2 ad leg. Jul. mai. 48,4 (perfugit — profugerit) fr. 1 § 10 ad Sc. Turpill. 48,16 (promitteret — perm.) fr. 65 R. J. 50,17 (perducatur — prod.).

[8]) D. fr. 18 § 1 de min. 4,4 (proditum — praevaricatum) fr. 1 § 3 quib. mod. ususfr. 7,4 (processit — praec.) fr. 2 § 2 eod. (procedere — praec.) fr. 28 § 1 ad leg. Aquil. 9,2 (providere — praev.) fr. 29 § 5 mand. 17,1 (propositae — praep.) fr. 21 de her. vel. act. vend. 18,4 (processisset — praec.) fr. 17 § 4 de aedil. ed. 21,1 (praeripuisset — pror.) fr. 69 § 5 de evict. 21,2. (praepositam — prop.) fr. 25 § 3 de prob. et praes. 22,3 (praeposuimus — prop.) fr. 9 § 7 de adm. tutor. 26,7 (proscribendo — praescr.) fr. 45 § 1 de excus. 27,1 (praecedit — proc.) fr. 11 pr. de leg. II. fr. 82 de cond. et dem. 35,1 (beidemale praeposita — prop.) fr. 32 pr. de usu et usufr. et red. leg. 33,2 (praeposito — prop.) fr. 13 § 3 de assign. libert. 38,4. fr. 1 § 1 de inc. ruina naufr. 47,9 (beidemale praeposuit — prop.) fr. 140 pr. V. O. 45,1 (praepositis — prop.) fr. 1 § 1 de novat. et del. 46,2 (processit — praec.) fr. 34 § 3 sol. et liber. 46,3 (proponit — praep.) fr. 7 ad leg. Cornel. de sicar. 48,8 (praeclamaverit — procl.) fr. 1 § 9 de lege Cornel. de fals. 48,9 (profectus — praefectis) fr. 30 § 2 V. S. 50,16 (praecisa — proscissa).

[9]) D. fr. 5 de ed. 2,13 (perferendas — praestandas) fr. 56 H. P. 5,3 (percepit — praec.) fr. 6 de serv. praed. urb. 8,2 (perfixas — praef.) fr. 24 pr. comm. div. 10,3 (percipere — praec.) fr. 81 pro socio 17,2. fr. 96 § 3 de leg. I. fr. 107 pr. eod. fr. 7 § 3 de dote prael. 33,4. fr. 7 si cui plus 35,3. fr. 45 de adquir. rer. dom. 41,1 (überall praecipere — perc.) fr. 5 § 15 de don. inter vir. et uxor. 24,1 (praecepta — perc.) fr. 4 de agnosc. et al. lib. 25,3 (perfocat — praef.) fr. 125 de leg. I (praecipere, praeceptio — perc., perc.) fr. 88 pr. de leg. II. (praecipiat — perc.) fr. 11 § 3 D. de leg. III (praecipiet — perc.) fr. 1 § 13 de dote prael. 33,4 (praecepturum — perc.) fr. 43 pr. de cond. et dem.

gegenüberstehen. Gewiß ist es nun nicht unmöglich, daß diese zahlreichen Differenzen hin und wieder auch einmal durch Verwechselung oder selbst willkührliche Aenderung eines ausgeschrieben vorgefundenen pro, prae, per entstanden wären: aber es ist andererseits aus dieser Zusammenstellung doch wenigstens der Schluß mit Sicherheit zu ziehen, daß jedenfalls in der Mehrzahl der Stellen das Schwanken der Lesarten durch Vorfinden und nachlässiges Vertauschen oder irriges Auflösen der obigen, gewiß weit leichter mit einander zu verwechselnden Siglen, deren Bedeutung zudem überhaupt nicht so ganz unbedingt feststand, vielmehr unter ihnen selbst wieder einigermaßen schwankte, zu erklären ist.

Indessen folgt doch hieraus nur — dies aber allerdings mit Gewißheit —, daß überhaupt jene Siglen, insbesondre also auch die Sigle $\overline{\text{P}}$, in Digestenhandschriften häufig verwendet worden sind. Für ein Vorkommen derselben speziell in einer Vorgängerin der Florentina ist dagegen aus jenen Zusammenstellungen unmittelbar noch Nichts zu entnehmen: es müßte denn etwa, was jedoch gewiß schwer fallen würde, mit hinreichender Sicherheit nachzuweisen sein, daß in einer oder einigen der angeführten Stellen die Florentina die unrichtige oder doch schlechtere Lesart enthalte.[10])

Allein an diesem Puncte tritt nun ergänzend der Umstand hinzu, daß in der Florentina selbst als eine der dort so durchaus singulären Siglen gerade die Sigle $\overline{\text{P}}$ vorkommt. In dem Florentinischen fr. 27 § 9 D. ad leg. Aquil. 9,2 nämlich findet sich das Wort „praestare" von der, durch den Emendator freilich alsbald verbesserten, Hand des ursprünglichen Schreibers unter Verwendung dieser Sigle dargestellt [11]): offenbar ein absichtsloser Flüchtigkeitsfehler, für dessen Entstehung aber, zumal bei der

---

35,1 (perceptis — praec.) fr. 85 ad leg. Falc. 35,2 (praecipiatur — perc.) fr. 27 § 14 h. t. 36,1 (praeceptis — perc.) fr. 74 (72) eod. (praecepto — perc.) fr. 6 de inc. ruina naufr. 47,9 (praeciduntur — perscind.) und der emendirte § 4 (praecepta, praeceptione — das „percepta", „perceptione" Haloanders, s. oben p. 18). — Vergl. zu allen in dieser und den beiden vorigen Anmerkungen angeführten Stellen die Ausgaben von Pacius (Genevae 1580, Octavausg. in 7 Bänden), Gebauer-Spangenberg und Mommsen.

[10]) Doch ist z. B. allerdings als wenigstens nicht völlig unzweifelhaft das Florentinische „percipere" („praecipere"?) des in Anm. 9 citirten fr. 24 pr. D. comm. div. 10,3 hinzustellen, obwohl es freilich durch die Basiliken bestätigt wird. Vgl. hierzu Mommsen und Gebauer-Spangenberg ad h. l.

[11]) S. die Mommsensche Ausg. ad h. l. und die praefatio p. XXXIIII in Note 2.

sonstigen Sorgfalt des Schreibers, die Erklärung sehr nahe zu liegen scheint, daß dieser die Sigle in seiner Vorlage vor Augen hatte und dann in momentaner Zerstreutheit in seine Abschrift mechanisch herübernahm. Allein, auch ganz abgesehen von einem solchen unmittelbaren Rückschluß auf den Inhalt des Florentinischen archetypum, es genügt, daß in der aurea Florentina die Sigle P̄ einmal vorkommt, um hiernach und auf Grundlage der vorausgeschickten allgemeinen Feststellungen nunmehr die Annahme als eine durchaus zulässige erscheinen zu lassen, daß die Sigle auch in Vorgängerinnen der Florentina hin und wieder einmal verwendet worden sei.[12])

Erweist sich aber hiernach die Unterstellung der im Eingang dieses Paragraphen proponirten Sigle in ihrem ersten Theil als eine diplomatisch mögliche und zulässige,[13]) so sind nun auch für deren zweiten Theil, die Abkürzung des Stammwortes, — ceptione in CPTE wenigstens annähernd gleichstarke Argumente beizubringen. Hierfür dürfte Folgendes anzuführen sein.

Einmal die nicht zu verkennende besondre Qualification des Wortes zu abgekürzter Darstellung. Speziell erscheint bei der hier unterstellten Abkürzung in ihrer Verbindung mit der Sigle für prae ein Zweifel darüber, welches Wort, auch welcher casus desselben gemeint sei, schon an sich kaum möglich.

Hierzu kommt, daß wenigstens ähnliche, nur noch weiter gehende Abkürzungen der Stammsylben — ceptio auch handschriftlich nachweisbar sind. Die Veronesische Handschrift des Gaius nämlich, die im Alter der Florentina kaum erheblich vorangehen dürfte,[14]) enthält statt der Stammsylben des Wortes exceptio die folgenden verschiedenen Siglen: C̄P, CP, selbst blos C.[15])

---

[12]) Uebrigens conjicirt auch Mommsen beispielsweise im fr. 5 D. de pactis 2,14, statt des Florentinischen „per pacem" ein „pro pace": Ausg. ad h. l.

[13]) Auf eine Heranziehung des Haloandrischen „percepta" und „perceptione" im emendirten § 4 selbst (s. p. 112 Anm. 9 a. E. und oben p. 18) zur etwaigen weiteren Unterstützung soll hiermit noch ausdrücklich — schon wegen der Ungewißheit, ob diese Singularitaeten nicht lediglich willkührliche sind — verzichtet werden.

[14]) S. auch Huschke in der dissertatio praevia seiner Ausgabe (1878) pp. 19 flg.

[15]) Auch EXCON und E̅X̅O̅ statt „exceptionem". Vergl. die Studemundsche Ausg. zu II §§ 84. 78. 120 IV § 56 III § 181 II § 78.

Endlich aber ist noch wenigstens nicht ganz außer Erwägung zu lassen, daß in dem emendirten § 4, wie in den §§ 3, 5 eod. ex professo von der praecepta summa rel res und der praeceptio die Rede ist und daß diese Ausdrücke in Folge dessen dort in wenigen Zeilen mehreremale wiederkehren. In solchem Zusammenhang durfte ein Schreiber gewiß um so viel eher und zumal ferner, wenn er etwa die vorangehenden gleichen, bezw. ähnlichen Ausdrücke ausgeschrieben hatte, nun am Schluß des im § 4 besprochenen Rechtsfalles, statt auch hier das „praeceptione" noch einmal auszuschreiben, sich einer zum Ende eilenden, schon an sich so leicht löslichen Sigle bedienen, ohne ein Mißverständniß an dieser Stelle noch befürchten zu müssen.

Allein gerade durch diese Leichtigkeit der richtigen Auflösung scheint sich der nun weiter zu führende Nachweis um so schwieriger zu gestalten, daß die so entstandene Sigle später gleichwohl falsch und speziell, daß und warum sie gerade in jene zudem den Sinn des § 4 so gänzlich verwirrenden Worte „principem pati" aufgelöst worden sei. Und allerdings ist jener Umstand für den im Folgenden einzunehmenden Standpunct insoweit von vornherein entscheidend, als, eben weil die richtige Auflösung der Sigle so nahe, die gewählte unrichtige dagegen jedenfalls viel ferner, ja, wie zuzugeben ist, für den unbefangenen Blick sehr fern liegen mußte, gewiß nur bestimmte und gewichtige Gründe zu dieser falschen Auflösung haben verleiten können. Danach muß denn aber insbesondere die Annahme als von vornherein ausgeschlossen erscheinen, daß hier etwa eine unabsichtliche Verwechselung eingetreten sei: weil eben derjenige, welcher unbefangen an die Lösung der Sigle herantrat, dieselbe gewiß richtig aufgelöst haben würde. Vielmehr wird sich der Eintritt jener falschen Auflösung bei dieser Sachlage nur dann genügend erklären lassen, wenn nachgewiesen werden kann, daß diese Auflösung eine absichtlich künstliche gewesen sei, eine Operation, welche sich auf bestimmte Bedenken gegen die, sich aufdrängende, richtige und bestimmte Anhaltspuncte für die gewählte, an sich so fern liegende, unrichtige Auflösung gestützt haben müßte.

Aber in dieser Weise dürfte nun auch wirklich die überlieferte falsche Auflösung entstanden sein: wie sich das wenigstens bis zu hoher Wahrscheinlichkeit ergeben wird, wenn man den Gedankengang des die Sigle vorfindenden und auflösenden Schreibers etwa folgendermaßen sich vergegenwärtigt.

Der Schreiber — genauer vielleicht der rechtskundige Corrector einer Handschrift[16]) — fand zunächst die beiden Worte „praecepta“ und „praeceptione“ in den beiden Vordersätzen des § 4 entweder schon ausgeschrieben vor oder er löste doch etwa vorhandene Siglen, wie dies keine Schwierigkeit bot, richtig auf. Gewiß wird er nun auch, wenn er im Schlußsatz an eine Sigle P̄CPTE kam, dieselbe Anfangs ganz leicht und richtig in „praeceptione“ — haben auflösen wollen. Allein, noch ehe er dies niederschrieb, fiel ihm auf, daß danach der § 4 ein Unrichtigkeit enthalten würde. Denn es war ihm zwar wohl bekannt, daß der Fiduziar sein Trebellianisches Recht auch über die Praezeption hinaus „geltend machen“ könne: es war dies ja kurz zuvor in dem fr. 1 § 16 h. t. und noch in dem unmittelbar voraufgehenden fr. 30 (29) ausdrücklich gesagt worden. Die rechtsgeschichtlichen Kenntnisse dagegen, um die historische Bedeutung des Wortes „praeceptio“ und den historischen Zusammenhang der rei vindicatio und damit des Schlußwortes „vindicaturum“ mit der praeceptio zu erkennen, giengen dem Schreiber (Corrector) ab. Er nahm daher das Wort „vindicare“, wie es ja auch bisher allgemein geschieht, in seiner vulgären Bedeutung von „geltend machen“, „einfordern“ und hatte eben darum allerdings, wie auch oben (p. 100) hervorgehoben, Grund zu der Meinung, der § 4 enthalte, wenn man „praeceptione“ im Nachsatz lese, eine Unrichtigkeit. Deshalb konnte denn seiner Meinung nach die sonst natürliche Auflösung der Sigle hier nicht Platz greifen, sie mußte anders aufgelöst werden.

Beim Nachsinnen darüber bot nun der Text des § 4 selbst keinen Anhalt: wohl aber der dann weiter geprüfte Zusammenhang der Stelle. Den unmittelbar folgenden § 5 nämlich legte der Schreiber, wie dies nicht nur eine an sich nichts Unrichtiges enthaltende und dem Wortlaut ganz entsprechende, sondern auch die älteste überlieferte Interpretation, die der Italiener, ist (s. oben p. 104), dahin aus, daß dort von der freigebigen

[16]) Hiermit möge dem aus dem Folgenden etwa zu entnehmenden Einwand vorgebeugt sein, daß einem einfachen librarius doch allzuviel Rechtskenntniß, Gewissenhaftigkeit und Ueberlegung zugetraut werde. Man wolle den terminus „Schreiber“ so allgemein auffassen, daß er auch einen solchen Corrector in sich begreift. In Fragen, die, wie die vorliegende, ihrer Beschaffenheit nach stets zweifelhafte sind, wird man die schon vorhandenen Unsicherheiten nicht durch unnöthige Spezialitaeten noch vermehren dürfen. — Ueber die Conjecturalkritik z. B. der Correctoren der Florentina vergl. übrigens Mommsen in der mehrcitirten praefatio, insbes. p. LXI.

Gesinnung der drei Kaiser erzählt werde, die als Fiduziare, auch wenn ihnen gar Nichts zugewendet worden, doch auf die Quart verzichtet und sie dem Fideicommissar geschenkt hätten. Nun stand aber der § 5 vermöge der ihn einleitenden Worte „sed et" offenbar in einem nahen Zusammenhang mit dem § 4. Daher mußte der letztere einen dem des § 5 nahe verwandten Inhalt haben, und zwar mußte er, wegen der in den Worten „sed et" liegende Steigerung, ein einem plus des § 5 entsprechendes minus (s. auch oben p. 106) enthalten.

Verglich man aber darauf hin die beiden Paragraphen, so war hier, im § 5, dem Erben Nichts zugewendet und er gab Alles heraus: dort dagegen, im § 4, war, so viel stand fest, dem Erben zwar Etwas zugewendet, aber nicht Genug, nämlich Weniger, als die Quart, und er gab zwar nicht Alles heraus, aber es hieß doch von ihm, daß er nicht Mehr, als — diese Ergänzung zwar auch ohne ein ausdrücklich gesetztes „praeceptione" leicht — als dieses Weniger vindiziren werde, er gab also Mehr heraus, als er mußte.

Und hiermit eben war nun schon das gesuchte plus des § 5 und das ihm entsprechende minus des § 4 gefunden, denn in der in letzterem erwähnten Handlungsweise lag doch wohl eine geringere — Liberalitaet des Erben: auf welche jetzt auch im § 4 Alles hinauslaufen mußte.

War aber einmal auch dort von einer Freigebigkeit des Erben die Rede, so konnte doch Marcian, wie es andrerseits bei Auflösung der Sigle in „praeceptione" nach der Meinung des Schreibers gar nicht anders zu verstehen war, unmöglich gesagt haben, daß ein jeder Erbe so freigebig sein werde, auf die Differenz zwischen Quart und Praezeption zu verzichten, „nicht Mehr, als die Praeception zu fordern." Wohl aber lag die Vermuthung nicht ganz fern, daß auch dieses minus von Liberalitaet — wie dies von dem plus des § 5 ausdrücklich gesagt wurde — ebenfalls etwa von einem Kaiser behauptet werden sollte. Es schien also auch der Inhalt des § 4 die Einsetzung eines Kaisers als Erbe und Fiduziar vorauszusetzen.

Nun war allerdings in dem § 4 von der Einsetzung eines Kaisers sonst nicht die Rede. Indessen diese Einsetzung schien jetzt gerade in der der Auflösung harrenden Sigle ausgesprochen zu sein. Sonderte man nämlich die ersten drei Buchstaben derselben, also $\bar{P}$CP, ab, so machte allerdings das überstrichene erste p noch Schwierigkeiten. Allein, wenn man einmal die ganze Sigle keinenfalls in „praeceptione" auflösen durfte, so

war es immerhin wenigstens denkbar, daß durch den Strich über dem P — an sich die häufigste Bedeutung eines solchen Striches — ein ausgefallenes N angedeutet sein sollte, woraus sich dann die Buchstaben P N C P ergaben. Deren Auflösung aber in das gesuchte Wort „principem" — der Accusativ wegen des „vindicaturum" — bot nun keine Schwierigkeiten mehr, umsoweniger, wenn der Schreiber (Corrector) sich etwa zu der weiteren Vermuthung für berechtigt hielt, daß hinter dem ersten P ein diesem in der Unzialschrift so sehr ähnliches R ausgefallen sein könnte.

Allein jetzt blieb freilich noch ein Rest der Sigle: TE, der auf den ersten Blick wohl schon an sich als recht schwierig erscheinen mußte. Zudem aber war hier überhaupt jeder weitere Rest jedenfalls überflüssig: denn die Worte „principem vindicaturum" drückten ja, unmittelbar aufeinander folgend, den von dem Schreiber gesuchten Sinn schon ganz einfach und natürlich aus (vergl. auch oben p. 4). Indessen, wenn einmal noch Etwas einzuschalten war, so mußte doch nun das noch zu Entziffernde, um den bereits hergestellten Inhalt des § 4 nicht wieder zu stören, jedenfalls ein möglichst indifferentes Wort darstellen. Ein solches aber fand denn auch der Schreiber bei weiterem Nachsinnen, indem er, statt des TE — in an sich zulässiger Weise, weil die Zeichen E und I überhaupt nicht sehr streng von einander unterschieden wurden — ein TI setzend und das zweite P der Sigle geminirend, zwischen „principem" und „vindicaturum" ein „pati" einfügte: sodaß also nun der Kaiser als Fiduziar nicht dulde, wenn seine Beamten Mehr, als die Praezeption einfordern wollten (vergl. oben p. 4.) Allerdings war jetzt der Styl des § 4 ein zum Mindesten dunkler und verworrener — nach dem oben (pp. 3 flg.) darüber Ausgeführten in Wahrheit sogar unmöglicher — und dies mag auch jenem Schreiber (Corrector) selbst nicht entgangen sein. Aber er hatte doch wieder von seinem Standpunkt aus Recht, wenn er einer sonst seines Erachtens unvermeidlichen Unrichtigkeit des Inhaltes („praeceptione") einen seiner Meinung nach nur verworrenen Styl („principem pati") vorzog. —

Hiermit dürfte die mittelbare Abstammung des überlieferten „principem pati" von einem ursprünglichen „praeceptione" — soweit man in solchen Fragen mit Schlußfolgerungen aus Möglichkeiten und Wahrscheinlichkeiten kommen kann — hinreichend nachgewiesen sein.[17]) Es bleibt indeß

---

[17]) Vergl. übrigens über die Mangelhaftigkeit des Florentinischen Textes im letzten

noch übrig, die hier restituirte ächte Lesart gegenüber dem Text der Vulgathandschriften zu vertheidigen.

Dieser letztere nämlich scheint der vorgeschlagenen Emendation des Florentinischen Textes allerdings noch Schwierigkeiten zu bereiten, und zwar deshalb, weil ja in den Eingangsworten der Vulgatlesart: „Si princeps heres“ u. s. w. dasjenige, was hier entfernt werden soll, die Erbeseinsetzung eines Kaisers, mit klaren Worten vorausgesetzt wird. Allein, wenn jene Emendation nur im Uebrigen ausreichend begründet wurde, dann wird sie nun auch an dieser Vulgatlesart keinen Anstoß mehr nehmen, vielmehr umgekehrt diese selbst in ihrem Unwerth klarstellen. Denn es ist nunmehr von der im Bisherigen gewonnenen Grundlage aus zu behaupten, daß die Vulgatlesart des § 4 nichts Andres enthalte, als einen Emendationsversuch zur Florentina: wie sich dies aus folgenden Erwägungen im Einzelnen ergeben möge.

Wenn dem Vulgattexte an dieser Stelle wirklich der Florentinische zum Grunde liegt, so gieng man bei der Interpretation des letzteren, wie dies schon als das relativ Einfachste (s. auch oben pp. 4, 5) in hohem Grade wahrscheinlich ist, von dem Sinn aus, den auch jener Schreiber oder Corrector mit dem § 4 verbunden hatte und den ja in gleicher Weise die früher (p. 5) erwähnten Herausgeber des Florentinischen Textes, welche zu demselben die italienische Interpretation der Vulgatlesart abdruckten, im § 4 fanden: sodaß also die Erbeseinsetzung eines Kaisers vorauszusetzen war. Man sah jedoch hierbei gewiß ein, daß dieser Sinn sich doch nur gewaltsam aus dem Florentinischen Text herauslesen lasse. Da nun der § 4 überhaupt, und namentlich auch im ersten Vordersatz, offensichtlich einen verderbten oder doch zweifelhaften Styl zeigte (s. oben p. 3) und daher recht eigentlich zu einer Emendation aufforderte, so schritt man zu derselben, indem man an der, oberflächlich betrachtet, allerdings wohl am Meisten verderbt scheinenden Stelle, d. i. eben dem in seiner Construction so abgerissenen Vordersatz des § 4, Hand anlegte. In diesem wurde zunächst die Partikel „si“, später auch noch das verbum finitum „sit“ ergänzt, dies dem Styl zu Liebe. Dann aber fügte man, weil ja doch einmal so Viel geändert wurde, um nun auch dem vermeintlichen Inhalt gerecht zu werden, noch das schwer vermißte Wort „princeps“ ein. So entstand denn dieser § 4:

Theil des Buch 36, insbesondere das Fehlen der Correctur noch Mommsen in der praef. p. XXXVIII.

„Si princeps heres (sit) institutus rogatusque hereditatem restituere praecepta aliqua summa vel re: etiam si in praeceptione minus quam quarta pars esset: non amplius principem pati vindicaturum.“

Für eine solche Entstehung dieser Vulgatlesart kann nun, was weiter äußere Argumente anlangt, vor Allem jene erste Voraussetzung für gesichert gelten, daß nämlich dem Vulgattext des § 4 der Florentinische zum Grunde gelegen habe. Mommsen, der dies früher[18]) nur für die tres partes und das digestum novum (also auch damals schon für das Buch 36) annahm, hat nunmehr in der praefatio seiner großen Ausgabe [19]) überzeugend nachgewiesen, daß die lectio vulgata überhaupt in allen Theilen der Digesten, wenn auch nur mittelbar, aus der Florentinischen hervorgegangen sei.

Es ist aber ferner eine gewiß nicht minder feststehende Thatsache, daß von Seiten der Bologneser Juristen, der Väter und Pfleger der lectio vulgata, der Digestentext überall mit großer Freiheit behandelt und, wo er ihnen — wie dies doch für den Florentinischen § 4 wohl für gewiß anzunehmen ist — verdächtig erschien, emendirt und interpolirt worden ist.[20])

Endlich kommt noch speziell für den emendirten § 4 jener so besonders auffällige Umstand hinzu, auf welchen bereits oben (pp. 15, 16) hingewiesen wurde: daß nämlich die Vulgatlesart hier zwar unverkennbar einen ganz bestimmten, auch an und für sich nichts Unrichtiges enthaltenden und, wie jetzt noch hinzuzufügen ist, mit dem aus dem unmittelbar folgenden § 5 insbesondere auch von der italienischen Doctrin herausinterpretirten Inhalt in nahem Zusammenhang stehenden Sinn haben will, während doch dieser Sinn scheitern muß schon an einer sprachlichen Unmöglichkeit, die aber, so unzweifelhaft sie ist, doch leicht übersehen werden konnte, nämlich an der Stellung der Negation im Schlußsatz. Man merkt an dem Allen kühne, nur vor unabänderlichen Schwierigkeiten (das „non amplius“, vergl. oben pp. 5, 22) unschlüssig stehen bleibende und sich dann über dieselben hinwegsetzende Absichtlichkeit des Textes, die deutlichen Anzeichen einer Bolognesischen Emendation.[21]) —

---

[18]) In Bekkers und Muthers Jahrbuch, Band V pp. 427 flg.

[19]) S. pp. LXIIII flg., insbs. pp. LXXI. LXXII.

[20]) Mommsen in Bekkers und Muthers Jahrbuch l. c. p. 415, s. auch die praefatio p. LXXI.

[21]) S. auch Mommsen in der praef. p. LXXI.

Nach der hier vorgeschlagenen Emendation bleibt nun endlich der schlecht stylisirte Anfangssatz des Florentinischen § 4:

„Et heres institutus rogatusque hereditatem restituere praecepta aliqua summa vel re" —

allerdings immer noch stehen. Indessen seine Mängel sind sachlich unwesentlich und es ist ferner wohl, wie bereits früher (p. 3) erwähnt, selbst nicht ganz unmöglich, daß Marcian wirklich einmal so elliptisch geschrieben habe. Will man aber auch hier etwa den Text verbessern, so dürfte der Vorschlag des schon angeführten (s. p. 21) anonymen Verfassers der obs. iur. civ. Rom., Hagae Com. 1743 in obs. 20 Berücksichtigung verdienen, welcher aus den beiden Worten

HERE|SI|NSTITUTUS

mittelst Gemination ein „si" restituirt. Nur möchte seine weitere Einfügung eines „sit" hinter „rogatusque" etwas zu gewaltsam und jedenfalls noch eher das Ausfallen eines „sit" hinter „institutus" zu erklären sein.

Danach und nach der hier vorgeschlagenen Emendation würde sich denn, mit Einklammerung des Zweifelhaften, der folgende ursprüngliche § 4 ergeben:

„Et heres (si) institutus [(sit)] rogatusque hereditatem restituere praecepta aliqua summa vel re: etiam si in praeceptione minus quam quarta pars esset: non amplius praeceptione vindicaturum."

---

§ 11.

Anhang: Zur Interpretation des fr. 1 § 16 D. h. t. 36,1.

Zum Schluß ist der dem § 4 durch die obige Emendation gegebene Inhalt noch gegen eine Ansicht zu vertheidigen, die v. d. Pfordten aufgestellt hat,[1]) der danach vor Allem Neuner vollständig beigetreten ist,[2])

[1]) Dissertatio de praelegatis p. 94.

[2]) Heredis institutio ex re certa p. 114.

mit welcher sich aber jener Inhalt des § 4 in keiner Weise vereinigen läßt.

Diese Ansicht wird hergeleitet aus dem fr. 1 § 16 D. h. t., wo Ulpian Folgendes sagt:

„Si heres praecepto fundo rogatus sit hereditatem restituere, ex Trebelliano senatusconsulto restituet hereditatem. Nec multum facit, si fundus pignori datus est. Neque enim aeris alieni personalis actio fundum sequitur, sed eum, cui hereditas ex Trebelliano senatusconsulto restituta est. Sed cavendum est heredi a fideicommissario, ut, si forte fundus fuerit evictus a creditore, habeat heres cautum. Julianus autem cavendum non putat, sed aestimandum fundum, quanti valet sine hac cautione, hoc est, quanti vendere potest sine cautione: et si potest tanti vendere non interposita cautione, quantum facit quarta pars honorum, ex Trebelliano transituras actiones: si minoris, retento eo, quod deest, similiter ex Trebelliano restitutionem fieri. Quae sententia multas quaestiones dirimit."

Es ist bei dieser Stelle aufgefallen, daß ihr zufolge bei Auffüllung einer dem Fiduziar statt der Quart gegebenen, aber geringerwerthigen Singularzuwendung bis zur Quart schon zu Ulpians Zeit Restitution ex Trebelliano stattgefunden habe. Dies, meint man, sei nun keinenfalls so zu verstehen, daß wirklich die quarta Falcidia, bezw. Pegasiana, d. i. also der vierte Theil der zu restituirenden hereditas einbehalten und nun doch ex Trebelliano, unter (alsbaldiger) Zertheilung der Erbschaftsklagen, statt ex Pegasiano, unter vorläufigem Verbleiben der ganzen Erbschaftsklagen beim Fiduziar, restituirt worden sei.

Dem ist aber gewiß beizupflichten: mit Recht bemerkt Neuner, daß „so Etwas selbst bei der allergrößten Besonderheit kein römischer Jurist gewagt haben würde."

Allein nun folgert man weiter: Es sei vielmehr anzunehmen, daß hier der Fiduziar die Differenz zwischen Zuwendung und Quart, ganz ex voluntate defuncti, der ja die Zuwendung statt der Quart habe geben wollen und sich daher nur in ihrem Werth geirrt habe, herausbekomme, ohne an den Erbschaftsklagen Theil zu nehmen, indem er vielmehr die hereditas ex Trebelliano als tota, mit Uebergang der ganzen Erbschaftsklagen auf den Fideicommissar, restituire.

Auf diesem Wege kommen dann die genannten Autoritaeten zu der

Ansicht, daß schon nach vorjustinianischem, also — die practische Consequenz — umsomehr nach Justinianischem Recht der Fiduziar die statt der Quart gegebene Sache (oder Summe), wenn sie in Wirklichkeit den Werth der Quart nicht erreichte, ohne die Quart selbst zu retiniren, vermöge der ihm gegebenen Singularzuwendung bis zur Quart auffüllen dürfe, so, daß nun ex Trebelliano die Erbschaftsklagen ganz auf den Fideicommissar übergiengen.[3]) Und dies steht nun allerdings in offenem Widerspruch zu jenem hier angenommenen Satz Marcians im § 4 bezw. § 5 des fr. 31 (30), daß der Fiduziar die Differenz zwischen Quart und Zuwendung nicht vindiziren, d. i. nicht auf Grund des ihm zugewendeten Vermächtnisses so einbehalten könne, daß nun doch die hereditas ex Trebelliano als tota restituirt würde; daß er vielmehr (§ 5 cit.) hier nur sein Pegasianisches Recht auf die quarta pars hereditatis geltend machen, also, wenn er jene Differenz, d. i. eben die (volle) Quart einbehalte, im vorjustinianischen Rechte nur ex Pegasiano, aber auch im Justinianischen Recht jedenfalls unter — jetzt alsbaldiger — Zertheilung der Erbschaftsklagen restituiren müsse.

Danach aber bleibt nur die Wahl, entweder diese Pfordten-Neuner'sche Ansicht oder nun jetzt noch die hier vorgeschlagene Emendation zu verwerfen. Man wird sich indessen wohl unbedenklich für das Erstere entscheiden können.

Der eigentlich einzige und jedenfalls gewichtigste Grund jener Ansicht liegt nicht etwa in irgend einer inneren Nothwendigkeit, er ist ein rein äußerlicher, die Scheu vor Annahme eines Tribonianismus: alle übrigen Argumente haben nur secundäre Bedeutung. Man scheut sich aber, obwohl doch nur hierdurch, wie gezeigt werden wird, die obige Stelle in das System des vorjustinianischen und selbst des Justinianischen Rechtes sich widerspruchslos einfügen läßt, in den Worten des § 16 „simititer ex Trebelliano" eine Tribonianismus zu erkennen und statt derselben für den ursprünglichen Ulpianischen Text ein „ex Pegasiano" zu setzen. Denn, so sagt besonders Neuner, einen Tribonianismus dürfe man doch höchstens dann annehmen, wenn jede andere Erklärung fehlen sollte.

Gleich dies ist indessen gewiß schon zu Viel gesagt. Für eine doctrinelle Textesemendation allerdings ist es richtig, daß das Fehlen einer „jeden andren Erklärung" ihre erste Voraussetzung bilde: die autoritativen Textes-

---

[3]) Vergl. übrigens auch Buchholtz l. c. Cap. V Anm. 51 Cap. XIX Anm. 60.

interpolationen Tribonians dagegen waren an eine derartige Voraussetzung keineswegs gebunden. Sie sollten ja nicht nur unächte, sondern vorzugsweise auch ächte, aber sachlich antiquirte oder auch nur unzweckmäßig gefaßte Texte beseitigen und traten überall da ein, wo sie sachlich nothwendig oder selbst nur zweckmäßig erschienen.[4])

Hiernach aber dürfte das richtige Verfahren allein dies sein, daß man überhaupt ohne jede formale Praesumtion gegen das Vorkommen eines Tribonianismus an die Quellen herantritt und ohne dieselbe, wo einmal Zweifel angeregt sind, zunächst nur sachliche Gründe in Erwägung ziehend, prüft, einmal, wie der exzerpirte Jurist nach dem zu seiner Zeit geltenden Recht und insbesondere nach etwaigen eigenen anderweiten Aussprüchen über die betreffende Frage, und sodann, ob und warum Tribonian anders und so habe schreiben müssen, wie es in der Compilation steht. Sollten dann freilich einmal sachliche Gründe in annähernd gleicher Stärke für und wider sprechen, dann mag in solchem Falle immerhin eine Praesumtion der unveränderten Aufnahme des Exzerpts den Ausschlag geben. Ergibt sich dagegen bei jener Prüfung ein entschiedenes Uebergewicht für die Annahme eines Tribonianismus — womit aber eben noch keineswegs jede andre Erklärung zu fehlen braucht —, dann darf dieser Annahme auch nicht mehr jene Praesumtion entgegen gehalten werden.

Nach diesen Grundsaetzen muß der Standpunkt, den Pfordten und Neuner hier einnehmen, als ein schon in der Methode unrichtiger erscheinen. Denn sie haben für ihre Verneinung des Tribonianismus, genau besehen, nur jene formale Praesumtion anzuführen: die weitere sachliche Argumentation soll wohl überhaupt nur mehr coloriren und ist zudem in sich hinfällig. Auf diese so schwache Grundlage stützen aber Pfordten und Neuner dann einen Rechtssatz, der, wie sie selbst nicht verkennen, nicht nur etwa sonst durchaus unbezeugt ist, sondern geradezu eine, außerdem in den Quellen nirgends auch nur angedeutete und dazu keineswegs unerhebliche Rechtsanomalie enthalten würde. —

Geht man hiergegen dem streitigen Tribonianismus des § 16 gegenüber in jener richtigen Weise vor, prüft man also zunächst, wie Ulpian nach dem Rechtszustand seiner Zeit habe schreiben müssen, so ergibt sich Folgendes:

Ulpian bespricht im § 16 einen Fall, in welchem dem Fiduziar als

---

[4]) Vergl. cst. Deo auctore §§ 7 flg. und cst. Tanta und Δέδωκεν § 10.

Praezeption statt der Quart eine verpfändete Sache gegeben war, und untersucht, ob und welche Ansprüche demselben hier etwa wegen des Pfandnexus zustünden. Er selbst spricht darüber eine Ansicht aus, bei deren Durchführung unzweifelhaft schon zu seiner Zeit ex Trebelliano restituirt werden mußte, wie er dies auch ausdrücklich bemerkt. Zugleich referirt er jedoch eine abweichende Meinung Julians, dahin gehend, man solle den Werth der Praezeption in einer gewissen Weise berechnen und eventuell, falls dieser Werth ein geringerer sei, als der der Quart, „id, quod deest“ auffüllen: in welchem Fall dann — und hier steht nun in der Compilation „similiter ex Trebelliano“ — also wiederum ex Trebelliano restituirt werde. Die Frage ist, ob Letzteres schon zu Ulpians — richtiger schon zu Julians — Zeit gesagt werden konnte. Dagegen aber dürfte Alles sprechen.

Worin nämlich zunächst der Rechtsgrund dieser Auffüllung des „quod deest“ zu suchen sei, darüber kann eigentlich überhaupt ein Zweifel nicht bestehen. Es ist doch, vor Justinian, nicht etwa das Trebellianum, sondern lediglich das Pegasianum, d. i. die auf die Fideicommisse übertragene lex Falcidia, auf Grund deren der Fiduziar die Differenz zwischen Zuwendung und Quart, d. i. eben die (volle) Quart fordern kann: wie dies denn Marcian, bezw. Severus und Caracalla im fr. 30 (29) h. t. vergl. § 3 J. quib. mod. test. inf. 2,17 mit diesen deutlichen Worten sagen:

„aut suppleta quarta ex lege Falcidia.“

War aber einmal, um der Forderung des Fiduziars einen Rechtsgrund zu geben, ein intervenire der Falcidia nöthig, dann mußte, wie dies Gaius[5]) und Ulpian selbst[6]) auf das Bestimmteste bezeugen, im vorjustinianischen Recht wenigstens überall da, wo die Quart gegen den Willen des Erblassers wirklich einbehalten[7]) wurde, ex Pegasiano restituirt werden, d. h. so, daß die Erbschaftsklagen zunächst ganz am Fiduziar haften blieben.

Denn, damit Ulpian nun wirklich auch selbst für sich und Julian eintrete, a. a. Orte sagt er:

---

[5]) Comm. II §§ 256, 257.

[6]) Fragm. XXV, 14.

[7]) Eigentlich schon, wo die Quart überhaupt nur überschwert war: Gai. l. c. Doch galt hier jene Ausnahme bei der restituenda tota hereditas, vergl. die Anm. 14 zum § 9 oben pp. 99, 100.

„Lege autem Falcidia interveniente, quoniam plus dodrantem vel etiam totam hereditatem restituere rogatus est, ex Pegasiano senatusconsulto restituit“ u. s. w.,

d. i., sobald die Falcidia zur Anwendung kommt, jedenfalls also, sobald der Fiduziar die ihm nicht gegebene Quart wirklich einbehält, wird ex Pegasiano restituirt. Dies ist aber eben im § 16 der Fall: denn der Erblasser gab dem Fiduziar nicht die Quart, sondern statt ihrer die Praezeption. Wenn daher hier der Fiduziar das „id, quod deest“ auffüllt damit aber, nach dem früher Entwickelten, unter Verzicht auf die Praezeption als solche (fr. 75 D. ad leg. Falc. supra cit.), die (volle) Pegasianische quarta pars hereditatis einbehält, „quartam ex lege Falcidia supplet“ (fr. 30 (29) cit.), dann konnte Ulpian im § 16 nur sagen, daß hier ex Pegasiano restituirt werde, er würde sich andrenfalls mit sich selbst im Widerspruch befinden.

Indessen, man wendet ein, der § 16 solle ja nur eine Ausnahme bilden von dem an sich anzuerkennenden Satz, daß beim Eingreifen des Pegasianum auch ex Pegasiano restituirt werden müsse: eine Ausnahme aber, auf welche im vorliegenden Fall eine wohlmeinende und entgegenkommende Interpretation des erblasserischen Willens unmittelbar hinführe. Dies ist das sachliche Argument der Gegenseite, von welchem oben bereits vermuthet wurde, daß dasselbe wohl überhaupt mehr coloriren solle, als eigentlich motiviren. In Wahrheit aber erweist sich dieses Argument als völlig unhaltbar.

Denn es ist gleich von vornherein eine ihrer Allgemeinheit durchaus unrichtige Behauptung v. d. Pfordtens, auf welche jene Willensinterpretation sich stützen soll, daß nämlich der Erblasser, der die geringerwerthige Praezeption statt der Quart gegeben, sich nur in deren Werth geirrt, daß er eigentlich den Werth der Quart habe geben wollen. Dieser Schluß ruht auf der falschen Voraussetzung, daß der Erblasser, weil er die Zuwendung statt der Quart gebe, nun deshalb auch den Werth der Zuwendung stets dem Werth der Quart gleichzusetzen beabsichtige.

Daß dies nicht der Fall sei, daß vielmehr recht wohl einmal ein geringerer Werth der Zuwendung vom Erblasser gewollt sein könne, wurde an einer früheren Stelle (vergl. oben p. 73,) als etwas Selbstverständliches vorausgesetzt: selbstverständlich um deswillen, weil ja jene bei Einbehaltung

einer Singularzuwendung statt der Quart ex Trebelliano erfolgende Restitution keineswegs etwa abhängig ist von einer Gleichwerthigkeit der Quart und der Zuwendung, sondern, nach dem fr. 75 D. ad leg. Falc. p. 30 cit., lediglich von der Thatsache, daß der Fiduziar bei der ihm zustehenden Wahl zwischen Quart und Zuwendung sich für die letztere entscheidet (vergl. oben pp. 30, 66). Wenn aber hiernach im Falle einer statt der Quart gegebenen Singularzuwendung die volle Durchführung des Universalfideicommisses, ganz ohne Rücksicht auf den Werth der Zuwendung, allein abhängig ist von dem Willen des Fiduziars, so kann ein Erblasser, wenn er sich nur der fides des Fiduziars hinlänglich versichert weiß, nun auch unbedenklich einmal — wozu ihn doch im einzelnen Fall die mannichfachsten Gründe bestimmen können — eine Zuwendung geben, die eben den Werth der Quart gar nicht erreichen soll.

Derartige Fälle sind jedoch nicht allein an sich denkbar, eine gewisse, häufig wiederkehrende Ausdrucksweise der Quellen läßt zudem auf ein nicht seltenes wirkliches Vorkommen derselben schließen. Es gehören hierher alle die Stellen, in welchen der Wille des Erblassers als dahin gehend bezeichnet wird, „heredem certis speciebus pro Falcidia esse contentum oder dergl.[8]) In diesen Fällen wird gewiß sehr oft der Werth der Zuwendung absichtlich unter dem der Quart bemessen worden sein. Hier hat aber der Erblasser nun doch seinen Willen auf das Bestimmteste dahin ausgesprochen, daß der Erbe — der ja freilich diesen Willen durch Anwendung des Pegasianum wieder durchbrechen kann — statt der Quart nicht Mehr bekommen solle, als die ihm zugewendeten einzelnen Sachen. Will daher auch hier v. d. Pfordten, wohin er consequenter Weise gelangen muß, wenn nun einmal die Zuwendung geringerwerthig wäre, als die Quart, den erblasserischen Willen dahin interpretirten, es sei in jedem Falle gewollt, daß der Erbe den Werth der Quart erhalte, so ist dies offensichtlich nicht eine entgegenkommende, sondern eine den Willen des Erblassers unmittelbar umstürzende Auslegung.

Damit jedoch fällt nun jenes ganze sachliche Argument überhaupt zusammen. Denn zwischen diesen letzterwähnten Fällen und dem — in

---

[8]) Vergl. cst. 11 C. ad leg. Falc. 6,50 cst. 13 C. de her. inst. 6,24 cst. 2 C. de iure dot. 5,12 fr. 30 (29) D. h. t. 36,1 cf. § 3 J. quib. mod. test. inf. 2,17 fr. 69 pr. D. de leg. II. fr. 27 § 1 D. de leg. III, auch fr. 27 D. ad leg. Falc. 35,2. S. auch oben p. 31 Anm. 15.

Wahrheit ganz gleich zu beurtheilenden — Fall, wo der Erblasser nur gesagt hat, der Erbe solle statt der Quart jene Sache oder Summe praecipiren, retiniren oder deduziren, in dem hier fraglichen Punct etwa unterscheiden zu wollen, dafür dürfte es doch gewiß an einer zureichenden Grundlage durchaus fehlen.

So kommt v. d. Pfordten von einer unrichtigen Voraussetzung aus zu einer unhaltbaren Consequenz. Seiner Ansicht aber liegt offenbar die folgende Verwechselung zu Grunde: der Erblasser, der eine Singularzuwendung statt der Quart gibt, will nämlich, richtig gedacht, nicht, wie Pfordten annimmt, daß der Fiduziar in der Zuwendung die Quart haben, sondern regelmäßig nur, daß er sie darin finden solle. Er kann ja freilich auch das Erstere wollen, aber dann mag er seiner Zuwendung eine für den nicht beabsichtigten Fall des Minderwerthes cavirende Bemerkung hinzufügen: ohne dieselbe wird schon nach allgemeinen Grundsätzen, ganz abgesehen davon, daß dies in den meisten Fällen auch der wirkliche Wille des Erblassers sein wird, die gegebene Zuwendung nur soweit wirken, als der Erblasser selbst ihren Umfang bestimmte. —

Durch das Bisherige könnte die hier bekämpfte Ansicht vielleicht schon hinreichend widerlegt erscheinen: indessen treten doch noch weitere Gegenargumente hinzu.

Wenn nämlich im Obigen dargelegt wurde, wie dieser Pfordten-Neunersche Rechtssatz sich mit bestimmten Quellenzeugnissen des vorjustinianischen Rechtes nicht vereinigen lasse, so ist nun ein Gleiches auch für das Justinianische Recht zu behaupten. Auch für dieses kommt also Pfordten zu dem Satz, daß der Fiduziar das „id, quod deest" bis zur Quart auffülle und nun doch durch die, jetzt allerdings stets ex Trebelliano erfolgende, Restitution die Erbschaftsklagen ganz auf den Fideicommissar übertrage.

Dem steht jedoch zunächst das bereits oben citirte fr. 30 (29) D. h. t. 36,1 mit eigentlich schon genügender Bestimmtheit entgegen. Denn dort wird ja für einen Fall, der rechtlich in diesem Puncte den hier fraglichen durchaus gleich zu behandeln ist,[9]) ausdrücklich gesagt, daß jenes „quod deest" ex lege Falcidia aufzufüllen, daß also, wenn der Erbe diese Differenz einfordere, nun die quarta pars hereditatis einzubehalten

[9]) Es ist eine heredis institutio ex re certa: vergl. dazu Vangerow Pand. II § 449 p. 154.

sei: wovon aber nur die unausweichliche Consequenz ist, daß das ¼ der Erbschaftsklagen beim Fiduziar verbleibt.[10])

Allein dieses Letztere, die Zertheilung der Erbschaftsklagen zwischen Fiduziar und Fideicommissar, wird zum Ueberflusse von Justinian selbst als die unmittelbare Folge jener Auffüllung des „id, quod deest" hingestellt. Er sagt im § 7 J. de fideicommiss. hered. 2,23:

> . . . „Omnem auctoritatem Trebelliano senatusconsulto praestare, ut ex eo fideicommissariae hereditates restituantur, sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam sive plus sive minus sive penitus nihil, ut tunc, quando vel nihil vel minus quarta apud eum remaneat, liceat ei, vel quartam vel quod deest ex nostra auctoritate retinere vel repetere solutum, quasi ex Trebelliano senatusconsulto pro rata portione actionibus tam in heredem quam in fideicommissarium competentibus. Si vero totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariae actiones fideicommissario et adversus eum competunt."

D. i. also: Nach Auffüllung des „quod deest" bis zur Quart stehen die Erbschaftsklagen pro rata portione — jetzt schon durch die Restitution — für und gegen Fiduziar und Fideicommissar zu. Auch diesen Widerspruch mit ihrer Ansicht berühren Pfordten und Neuner nicht und doch ist er unverkennbar: man müßte denn etwa unter dem „minus quarta" lediglich einen geringeren Erbtheil als den quadrans verstehen wollen, woran aber gewiß noch Niemand gedacht hat.

Wenn man aber schließlich zu allen diesen zahlreichen Gründen, welche mit Bestimmtheit gegen diese Pfordten-Neunersche Ansicht und andrerseits mit Bestimmtheit dafür sprechen, daß Ulpian im § 16 an Stelle des „similiter ex Trebelliano" ein „ex Pegasiano" geschrieben habe, noch hinzunimmt, einmal, daß schon der ganze Bau des Schlußsatzes des § 16 — die Betonung des ersten „ex Trebelliano" und das nachdrückliche Asyndeton „si minoris" — an Stelle des „similiter ex Trebelliano" umgekehrt einen Gegensatz zu dem voraufgehenden „ex Trebelliano" erwarten lassen, so sehr, daß wohl jeder Leser sich durch das, offenbar nur zur Verhüllung des ausgefallenen Gegensatzes eingefügte „si-

[10]) Vgl. auch noch cst. 11 C. ad leg. Falc. 6,50 (Gordian): „Auxilium legis Falcidiae — non prohiberis flagitare."

militer" enttäuscht fühlen wird; und ferner, daß man wohl in keiner anderen Lehre schon an und für sich mehr berechtigt ist, einmal einen Tribonianismus in der Compilation zu vermuthen, als in der Lehre von dem erst durch Verschmelzung des ursprünglichen Trebellianum und des Pegasianum entstandenen Justinianischen Trebellianum, und wiederum in dieser Lehre kaum in einem andren Theil mehr, als, wo die Frage berührt wird, mit welchen Wirkungen, d. i. ursprünglich, aus welchem der beiden Senatusconsulte zu restituiren sei; endlich aber, daß Trinian, nachdem Justinian das Pegasianum ausgetilgt, gegenüber dem Ausspruch Ulpians im § 16 nur die Wahl hatte, ob er auf die Aufnahme dieser, wie sich gleich noch ergeben wird, in ganz anderer Beziehung werthvollen Stelle verzichten oder aber an ihrem Schluß eine so geringe, für den eigentlichen Inhalt ganz unwesentliche, Aenderung vornehmen wollte: dann dürfte wohl nach allen diesen Erwägungen die Annahme jenes Tribonianismus einem weiteren Bedenken nicht mehr unterliegen.[11]) —

Es bleibt noch übrig, den Inhalt des § 16, wie derselbe hier aufgefaßt wird, darzulegen. Dabei ist nun gleich vorauszuschicken, daß, wie auch schon angedeutet, für diesen Inhalt die Frage, ob ein Tribonianismus vorliege oder nicht, gleichgültig ist, daß dieselbe daher von dieser Seite aus nicht entschieden werden kann. Immerhin aber wird der richtig verstandne Inhalt des § 16 doch insofern wieder gegen jene Pfordten-Neuner-sche Ansicht sprechen, als sich ergeben wird, daß der eigentliche Nachdruck der Stelle ganz wo anders liegt, als wo sie ihn suchen.

In dem Anfangssatz schickt Ulpian die Bemerkung voraus, daß der Erbe, welcher gebeten sei, die Erbschaft praecepto fundo zu restituiren, die Restitution ex Trebelliano vollziehe. Damit soll indessen nicht etwa gesagt sein, daß hier die Restitution in allen Fällen ex Trebelliano erfolge, sondern nur, daß dies geschehe, wenn sich dieses Rechtsverhältniß so, wie es a priori zu vermuthen ist (vergl. oben pp. 63, 67), entwickelt, d. i., wenn der Erbe, dem Willen des Erblassers entsprechend, statt der Quart den fundus einbehalte.

Ulpian geht sodann über zur Besprechung eines speziellen Falles, dessen thatsächliche Voraussetzungen die folgenden sind:

Dem Fiduziar wurde als Praezeption statt der Quart ein fundus

---

[11]) S. auch schon Pothier, pand. ad h. tit. § LVI.

gegeben, dessen Werth an sich den der Quart erreichen, ja, wie anzunehmen ist, erheblich übersteigen würde, der aber wegen einer Schuld des Erblassers verpfändet ist, und deshalb dem Fiduziar, wenn dieser ihn einfach mit der Belastung zu praezipiren hätte, demnächst leicht evinzirt werden könnte.

Die Annahme, daß der Werth des unbelasteten fundus den der Quart erheblich übersteige, stützt sich auf das besondere Interesse, welches der Fiduziar im Folgenden an der Einbehaltung gerade des fundus zeigt. An sich hat er ja nach dem oft citirten fr. 75 ad leg. Falc. die freie Wahl zwischen fundus und Quart. Gewiß würde er daher die letzteren wählen, wenn deren Werth den auch des unbelasteten fundus überstiege, aber auch wohl, um von vornherein alle Unsicherheiten abzuschneiden, schon dann, wenn nur der Werth der Quart dem des unbelasteten fundus wenigstens gleichkäme. Indessen der Fiduziar besteht nachdrücklich auf Einbehaltung des, an sich eben Mehr, als die Quart, abwerfenden fundus.

Es fragt sich aber, welche Ansprüche ihm nun wegen des auf dem fundus haftenden und dessen Werth vielleicht sehr erheblich herabdrückenden Pfandnexus etwa zustehen.

Geht man hierbei von den für das Vermächtniß einer verpfändeten Sache geltenden Grundsätzen aus, so wird bekanntlich, wenn der Erblasser um das Pfandrecht wußte, der Onerirte im Zweifel für verpflichtet angesehen, den Pfandnexus zu luiren und die Sache frei von demselben zu praestiren.[12]) Ein Wissen des Erblassers von seiner eignen Pfandschuld ist aber im vorliegenden Fall zu unterstellen. Danach wäre denn, in Anwendung der im Obigen versuchten Construction der dem Fiduziar statt der Quart gegebenen Zuwendungen, streng genommen zu schließen, daß der Fiduziar im § 16 nach dem Willen des Erblassers befugt (vergl. oben p. 57) sein solle, den fundus, vor der Restitution und aus erbschaftlichen Mitteln (vergl. auch die Anm. 23 zum § 7 oben p. 54), von dem Pfandnexus zu befreien [13]) und also einen unverpfändeten fundus zu praezipiren.

Dieser Consequenz aus jenen allgemeinen Grundsätzen scheint sich denn auch Ulpian zuzuneigen. Allerdings spricht er sie — aus unten noch darzulegendem Grunde — nicht mit voller Entschiedenheit aus, er gibt nicht dem Fiduziar jene Luitionsbefugniß, sondern legt lieber, was aber für

---

[12]) § 5 J. de leg. 2,20 fr. 57 D. de leg. I cst. 6 C. de fideic. 6,42.

[13]) S. auch schon den italienischen casus ad h. l.

den Fiduziar materiell auf dasselbe hinauslauft, dem Fideicommissar die, für diesen in der Regel wohl weit weniger lästige, Cautionspflicht dahin auf, „ut“ — für den Fall der Eviction des fundus — „habeat heres cautum.“

Allein jene strenge Schlußfolgerung aus jener regelmäßigen Luitionspflicht des Onerirten, wie auch diese minder strenge Cautionsverpflichtung, welche Ulpian dem Fideicommissar auferlegt, scheinen doch nicht so ganz unbedenklich zu sein, aus folgenden Gründen.

Wenn nämlich der Erblasser, wie dies noch soeben ausgeführt wurde, namentlich da, wo er sich auf die Pietaet des Erben verlassen zu können glaubt, gewiß öfters auch einmal eine absichtlich unter dem Quartwerth gehaltene Singularzuwendung geben wird, so wird dies doch in der Regel anders sein. In der Regel wird vielmehr — dieser Schluß ist hier zweifelsohne begründet, nur darf man ihn nicht mit Pforbten zu jener durchgreifenden Praesumtion umgestalten, auch das „ungefähr“ nicht bei Seite lassen — der Erblasser, der eine Zuwendung statt der Quart gibt, auch deren Werth, wenigstens ungefähr, nach dem der Quart bemessen (vergl. auch oben p. 73).

Nun ist bei dem Vermächtniß einer verpfändeten Sache von Seiten des wissenden Erblassers jene Luitionspflicht des Onerirten doch immer nur im Zweifel anzunehmen: wenn der Erblasser einen entgegengesetzten Willen irgendwie, auch wenn er ihn nicht ausdrücklich aussprach, doch deutlich zum Ausdruck brachte („si hoc expresserit:“ § 5 J. cit.), so muß dieselbe fortfallen.

Mit Rücksicht hierauf aber scheint man insbesondre zwischen den Fällen unterscheiden zu müssen, wo der Erblasser die wissentlich verpfändete Sache irgend einem Dritten und dem, wo er sie einem Fiduziar statt der Quart gab. Im ersteren Fall ist allerdings, sollten nicht sehr bestimmte Gegengründe vorliegen, anzunehmen, daß der Erblasser den Werth der unverpfändeten Sache, den Werth der Sache an sich habe geben wollen. Im letzteren Fall dagegen scheint man fast wenigstens da, wo der Werth auch der verpfändeten Sache, auch wenn man also die materiellen Gefahren einer Eviction — deren Nachtheile ja durch die eventuelle Regreßklage gegen den für die Pfandschuld persönlich haftenden Fideicommissar noch nicht unmittelbar aufgehoben erscheinen — mit in Anschlag bringt, doch immer noch den Werth der Quart erreicht oder gar erheblich übersteigt, umgekehrt annehmen zu müssen, daß der den

Werth des Vermächtnisses nach dem der Quart bemessende Erblasser diese Gefahren der Eviction bei Bemessung des Vermächtnißwerthes mit in Rechnung zog, daß er also nur den um die Gefahren der Eviction verminderten, d. i. den Werth der verpfändeten Sache habe vermachen wollen.

Solchen Rücksichten auf einen muthmaßlichen Willen des Erblassers legt indessen Ulpian kein entscheidendes Gewicht bei. Wohl aber Julian, dessen der seinigen entgegengesetzte Meinung Ulpian mitberichtet. Denn gewiß wohl nur auf Grund jener Erwägungen kommt Julian zu dem Ergebniß, daß der Fideicommissar hier nicht zu caviren habe, daß vielmehr nur der Werth des fundus „sine hac cautione," d. i. abzüglich der in Geld ausgedrückten Gefahren der Eviktion, und aus ihm festzustellen sei, ob der Fiduziar schon in dem verpfändeten fundus den Werth der Quart haben werde oder nicht. Im ersteren Fall könne dann der Fiduziar eben nicht Mehr, als den Werth des verpfändeten fundus beanspruchen, im letzteren aber natürlicherweise das „quod deest" auffüllen: aus welchem der beiden Senatusconsulte in jedem der beiden Fälle restituirt werde, wird zwar hinzugefügt, aber nur beiläufig, weil für die Hauptfrage ohne unmittelbare Bedeutung.

Es wurde gesagt, Ulpian lege der Rücksicht auf jenen muthmaßlichen Willen des Erblassers kein entscheidendes Gewicht bei: ganz ohne Einfluß scheint dieselbe auch auf seine Meinung nicht zu sein. Denn Ulpian geht zwar auch hier von jener regelmäßigen Praesumtion aus, daß der Honorirte den Werth der unverpfändeten Sache erhalten solle. Aber er mildert wenigstens die strenge Consequenz dieses Satzes, statt jener eigentlich anzunehmenden Luitionsbefugniß des Fiduziars dem Fideicommissar die, wie bereits erwähnt, diesem wohl überall weit weniger lästige Caution nachlassend. Gewiß liegt nun hier die Vermuthung nahe, daß Ulpian diese Milderung mit Rücksicht auf die nicht so ganz unbedingte Sicherheit der Annahme eintreten lasse, daß der Erblasser dem Fiduziar statt der Quart überall den Werth der unverpfändeten Sache habe vermachen wollen.

Ulpian sagt am Schluß des § 16 noch von der Julianischen Ansicht: „Quae sententia multas quaestiones dirimit." Darin soll nun keineswegs eine so unumwundne Anerkennung liegen, wie es vielleicht scheinen könnte: es wäre ja sonst auch sonderbar, daß Ulpian nicht gleich von vorneherein die Julianische Ansicht vortrüge. Vielmehr dürften jene Worte mit einer gewissen feinen Praegnanz gesetzt und dahin zu verstehen

sein: Allerdings komme Julian von bestimmten Voraussetzungen aus zu einem danach richtigen Resultat. Aber es sei dies doch mehr ein Durchschneiden, als ein Lösen, vieler auftauchenden Fragen. Denn sehr fraglich sei es — und dies sind eben die „multae quaestiones," die man vielfach nicht richtig verstanden hat —, ob dieser von Julian gemuthmaßte erblasserische Wille überall auch der wirkliche sei und ob man überhaupt auf solche bloße Muthmaßungen so weitreichende Consequenzen aufbauen dürfe. Besser sei es daher, so meint Ulpian, die Julianische Ansicht also gerade verwerfend, auch hier der Regel zu folgen, dem Honorirten den Werth der unverpfändeten Sache zuzusprechen.

Weitere erhebliche Puncte dürfte der § 16 nicht enthalten. Nur das wäre vielleicht noch hervorzuheben, daß Julian ja nicht etwa sagen will, wenn der Werth des verpfändeten fundus den der Quart erreiche, so müsse der Fiduziar denselben praezipiren und ex Trebelliano restituiren, sodaß er also dem Fiduziar, im Widerspruch mit dem fr. 75 ad leg. Falc., sein freies Wahlrecht zwischen Praezeption und Quart verkümmerte. Vielmehr setzt es Julian nur für jenen Fall als das Nächstliegende voraus, daß der Fiduziar den fundus wählen, also praezipiren werde, worauf er dann allerdings ex Trebelliano restituiren muß. —

Es ergibt sich aber nunmehr aus dem Ausgeführten Dreierlei:

Einmal, daß der Inhalt des fr. 1 § 16, richtig verstanden, für den des emendirten fr. 31 (30) § 4 überhaupt ein unmittelbares Interesse nicht darbietet.

Sodann aber, daß jener von Pfordten und Neuner angenommene Ausnahmefall von dem regelmäßigen Pegasianisch-Trebellianischen Recht, hergeleitet aus einer, wie nachgewiesen, in Wahrheit lediglich beiläufigen und schon deshalb einen so wichtigen Ausnahmesatz gewiß nicht enthaltenden, Bemerkung im § 16, unbedingt zu verwerfen und durch die nothwendige Annahme des obigen Tribonianismus zu beseitigen ist. Weshalb es daher insbesondere für das Justinianische wie für das vorjustinianische Recht bei dem Satz verbleibt, daß der Fiduziar überall, wo er die Quart retinirt, dort ex Pegasiano, hier ex Trebelliano, stets aber so restituirt, daß die Erbschaftsklagen — dort durch die stipulationes partis et pro parte, hier unmittelbar durch die Restitution — zertheilt werden.

Und endlich folgt hieraus, wie aus dem zuvor Bemerkten, daß es auch dem § 16 gegenüber bei jenem Ausspruch Marcians in dem emendirten § 4 bleiben muß, daß der Fiduziar, dem ein Vermächtniß statt der

Quart gegeben wurde, auf Grund seines Vermächtnißrechtes nur das Vermächtniß selbst fordern kann.

Dies ist es aber, was hier noch nachzuweisen war.

Corrigenda.

P. 1 Z. 14 von unten lies statt discutirt: verhandelt.
„ 18 „ 2 „ „ „ „ veil: vel.
„ 29 „ 3 „ oben ist das Komma hinter „hereditatem“ zu streichen.
„ 32 „ 16 „ „ lies statt pp. 33 flg.: pp. 34 flg.
„ 37 „ 15 „ unten lies statt das praedium: des praedium.
„ 41 „ 11 „ „ „ „ Interpretation den: Interpretationen des.
„ 46 „ 15 „ oben „ „ respons: responsi.
„ 50 „ 1 „ „ ist hinter „statt“ ein Komma einzufügen und das Komma hinter „wie“ zu streichen.
„ 51 „ 1 „ unten lies statt Anm. 28: Anm. 29.
„ 62 „ 7, 8 von oben lies statt Vermächtnißsbedingung: Vermächtnißbedingung.
„ 64 „ 3 von oben lies statt Honrirten: Honorirten.
„ 68 „ 2, 3 von oben sind die irreführenden Gedankenstriche in Klammern zu verwandeln.
„ 81 „ 15 von unten ist der Doppelpunct hinter die Klammer zu setzen.
„ 102 „ 16, 17 von oben lies statt nicht etwa darauf: nicht in erster Linie.
„ 104 „ 4 von oben lies statt Die: die.
„ 104 „ 12 „ „ „ „ hinlerlassen: hinterlassen.
„ 106 „ 12 „ unten „ „ letztere: Letztere.